

El Foro Nariñés

**ÓRGANO DE DIFUSIÓN DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL
DISTRITO JUDICIAL DE PASTO**

*Número 248
San Juan de Pasto
2016*

PRESIDENTA:	DRA. CLAUDIA CECILIA TORO RAMÍREZ
RELATORA:	CARMEN ALICIA SOLARTE BENITEZ
DISEÑO E IMPRESIÓN:	EMPRESA EDITORA DE NARIÑO - EDINAR
FOTOGRAFÍA PORTADA:	JHONANTAN POLO PÉREZ
CONTRAPORTADA:	JHONANTAN POLO PÉREZ y ROBERTO CAICEDO CERÓN
FOTOGRAFÍAS INTERNAS:	ROBERTO CAICEDO CERÓN
DISEÑO:	KARINA CHAPAL PALACIOS
	JHONANTAN POLO PÉREZ
	"LA CAJA DE PANDORA"

PORTADA Y CONTRAPORTADA:

SAN JUAN DE PASTO CIUDAD TEOLÓGICA DE COLOMBIA.

San Juan de Pasto, es una de las ciudades más antiguas de Colombia y de América, fundada por Sebastián de Belalcázar en 1537; se ha caracterizado a lo largo de su historia por su marcada tradición religiosa, arraigada en las costumbres de su gente desde el asentamiento en la región de múltiples órdenes religiosas, las cuales inspiraron la arquitectura colonial y han perdurado en el tiempo, pues se considera que actualmente existen más de treinta de estas comunidades, por lo cual se la ha denominado Ciudad Teológica.

En el proceso de implementación de las colonias españolas en América, fueron trasladadas la cultura, las costumbres, el idioma y la fe católica, las cuales se impusieron, en gran medida, mediante la evangelización a la población indígena a través de las comunidades religiosas, conllevando a que este tema estuviera estrechamente relacionado con las expresiones artísticas coloniales, lo que se evidencia en la construcción de iglesias, catedrales, conventos, monasterios y colegios; imperando la arquitectura, escultura y pintura inspiradas en la cultura europea; sin embargo, paulatinamente fue emergiendo una producción propia, sobresaliendo un arte colonial fruto del sincretismo cultural y del mestizaje, destacándose las manifestaciones artísticas de la Escuela Quiteña, cuyo desarrollo se produjo en el territorio de la Real Audiencia de Quito, de la cual hacía parte Pasto.

Muestra de ese arte colonial, se presenta en las imágenes que engalanan la portada y contraportada de la Revista El Foro Nariñés, donde se aprecian imponentes y suntuosas catedrales y templos, sobresaliendo una decoración de gran valor artístico; varios de estos templos han sido considerados como patrimonio arquitectónico y cultural, los cuales son visitados diariamente por una multitud de creyentes, manteniendo viva una tradición que ha perdurado por siglos.

TRIBUNAL SUPERIOR
DISTRITO JUDICIAL DE PASTO
Periodo Febrero de 2016 a Enero de 2017

DIGNATARIOS

DRA. CLAUDIA CECILIA TORO RAMÍREZ
PRESIDENTA

DR. SILVIO CASTRILLÓN PAZ
VICEPRESIDENTE

DR. FRANKLIN TORRES CABRERA
PRESIDENTE SALA CIVIL – FAMILIA

DR. JUAN CARLOS MUÑOZ
PRESIDENTE SALA LABORAL

DRA. BLANCA LIDIA ARELLANO MORENO
PRESIDENTA SALA PENAL

SALA CIVIL-FAMILIA

DRA. MARCELA ADRIANA CASTILLO SILVA
DR. GABRIEL GUILLERMO ORTÍZ NARVÁEZ
DRA. AÍDA MÓNICA ROSETO GARCÍA
DR. FRANKLIN TORRES CABRERA

SALA LABORAL

DR. JUAN CARLOS MUÑOZ
DR. VÍCTOR HUGO ORJUELA GUERRERO
DRA. CLAUDIA CECILIA TORO RAMÍREZ

SALA PENAL

DRA. BLANCA LIDIA ARELLANO MORENO
DR. SILVIO CASTRILLÓN PAZ
DR. JOSÉ ANIBAL MEJÍA CAMACHO
DR. FRANCO SOLARTE PORTILLA

DRA. YOLANDA AMPARO MUÑOZ ROSERO
SECRETARÍA GENERAL (E)

DR. NESTOR GABRIEL CABRERA
SECRETARIO SALA CIVIL-FAMILIA

DR. JAMES RODRIGUEZ ROSERO
SECRETARIO SALA LABORAL (E)

DR. JUAN CARLOS ÁLVAREZ LÓPEZ
SECRETARIO SALA PENAL (E)

DRA. CARMEN ALICIA SOLARTE BENITEZ
RELATORA

Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto - 2016



Sentados de izquierda a derecha, Sala de Gobierno, doctores: Silvio Castrillón Paz (Vicepresidente Tribunal Superior), Franklin Torres Cabrera (Presidente Sala Civil-Familia), Claudia Cecilia Toro Ramírez (Presidenta Tribunal Superior), Blanca Lidia Arellano Moreno (Presidenta Sala Penal), Juan Carlos Muñoz (Presidente Sala Laboral). De pie, de izquierda a derecha: Elsy Sofia Bastidas Tobar (Contadora), Carmen Esperanza Riascos (Auxiliar), Yolanda Amparo Muñoz Rosero (Secretaria General), Dr. José Aníbal Mejía Camacho, Dr. Franco Solarte Portilla, Dra. Marcela Adriana Castillo Silva, Dr. Víctor Hugo Orjuela Guerrero, Dra. Aida Mónica Rosero García, Dr. Gabriel Guillermo Ortiz Narváez, Lucelly Adriana Morales Morales (Escribiente), Ángela Rocio Hidalgo Vallejo (Técnica en Sistemas), Carmen Alicia Solarte Benítez (Relatora).

Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto - 2016 - Sala Plena



De izquierda a derecha, doctores: Franklin Torres Cabrera (Presidente Sala Civil-Familia), Aida Mónica Rosero García, José Aníbal Mejía Camacho, Gabriel Guillermo Ortiz Narváez, Víctor Hugo Orjuela Guerrero, Claudia Cecilia Toro Ramírez (Presidenta Tribunal Superior), Silvio Castrillón Paz (Vicepresidente Tribunal Superior), Franco Solarte Portilla, Marcela Adriana Castillo Silva, Juan Carlos Muñoz (Presidente Sala Laboral), Blanca Lidia Arellano Moreno (Presidenta Sala Penal).

Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto - 2016



De izquierda a derecha doctores: Gabriel Guillermo Ortíz Narváez, José Aníbal Mejía Camacho, Franklin Torres Cabrera (Presidente Sala Civil-Familia), Juan Carlos Muñoz (Presidente Sala Laboral), Aida Mónica Rosero García, Marcela Adriana Castillo Silva, Claudia Cecilia Toro Ramírez (Presidenta Tribunal Superior), Blanca Lidia Arellano Moreno (Presidenta Sala Penal), Franco Solarte Portilla, Victor Hugo Orjuela Guerrero, Silvio Castrillón Paz (Vicepresidente Tribunal Superior), empleados y judicantes.

PRESENTACIÓN

Nuestra amada Colombia, en este momento histórico, atraviesa por un proceso de transición hacia la consecución de la tan anhelada, pero igualmente esquiva, PAZ, al cual se llegó luego de largos y tortuosos años de guerra fratricida, que ha cubierto de sangre y luto a un pueblo, que en verdad, merece un mejor destino.

La búsqueda constante de la PAZ, junto con la JUSTICIA, se constituyen en los principales propósitos que deben guiar nuestro camino en la noble y loable labor que se nos ha encomendado.

Quien sino el juez, es la persona que con su entereza, conocimiento, probidad, rectitud, disciplina y gallardía, en su ardua tarea diaria, al solucionar los conflictos, con lo cual procura la convivencia pacífica, construye paz social.

A la PAZ se llega con una verdadera JUSTICIA, por eso el país necesita de jueces que construyamos paz, hombres y mujeres comprometidos con la conquista de estos valores fundamentales; siendo este el norte que oriente nuestro trasegar, mirando siempre hacia el futuro, trabajando con esfuerzo y dedicación, sin dilaciones, sin caer en distracciones falaces ni sofismas que nos hagan vacilar en lograr nuestros propósitos. Toda la familia de la Rama Judicial, debe asumir este compromiso, pues solo así reivindicaremos y recuperaremos la dignidad y la credibilidad en nuestras instituciones, conllevando a que nuestra Nación sea cada día más excelsa, pacífica y próspera.

La jurisprudencia juega un papel indispensable a la hora de administrar justicia y de solucionar las controversias a las cuales se enfrenta el operador judicial, en tanto cumple su labor de unificación, seguridad y orientación jurídicas.

De ahí la importancia de contar con un medio informativo, como lo es la REVISTA EL FORO NARIÑÉS, a través de la cual, mediante la publicación de las providencias más destacadas proferidas por Magistradas y Magistrados que integran las distintas Salas del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, se divulga el pensamiento jurídico, contribuyendo con la orientación, la actualización de conocimientos y la unificación de criterios, dentro de nuestra propia realidad, conllevando a la edificación de esa paz social, aspirando que la misma alcance rangos de estabilidad y perdurabilidad

Como presidenta del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, durante el periodo febrero de 2016 – enero de 2017, me ha correspondido el grato honor de realizar la presentación de la Edición No. 248 de la REVISTA EL FORO NARIÑÉS, la cual dejo a su consideración, esperando se constituya en una herramienta de información y consulta idónea y eficaz y que logre el objetivo de contribuir con el desarrollo de las instituciones jurídicas de nuestra región y del país en general.

No resta sino agradecer a todas las personas e instituciones que en forma desinteresada, han contribuido en su publicación, en especial al doctor CAMILO ERNESTO ROMERO GALEANO, Gobernador del Departamento de Nariño.

CLAUDIA CECILIA TORO RAMÍREZ
Presidenta Tribunal Superior de Pasto
Febrero 2016 – enero 2017

JUECES DEL DISTRITO JUDICIAL DE PASTO 30 DE ENERO DE 2016

CIRCUITO: PASTO

MIRTHA LUCIA CEBALLOS VALENCIA
SANDRA MÓNICA VILLOTA INSUASTY
NANCY JOSEFINA VILLARREAL CORAL
CONSTANZA MUÑOZ SANTANDER
NUBIA ESMERALDA JARAMILLO VALLEJO
MARÍA ELENA DÁVILA ORTÍZ
MARIA VICTORIA BENAVIDES JURADO
ANA PATRICIA QUIJANO VODNIZA
RICHARD GONZALO FLÓREZ CARVAJAL
ÁLVARO VICENTE ANDRADE RESTREPO
MARÍA FERNANDA NAVAS GARZÓN
ANA CRISTINA CIFUENTES CÓRDOBA
MARÍA CRISTINA LÓPEZ ERASO
RODRIGO NELSON ESTUPIÑÁN CORAL
GIGLIOLA MARÍA BUSTILLO GÓMEZ
MERCEDES VICTORIA ORTÍZ NARVÁEZ
MARÍA GENITH ALVAREZ PONCE
JORGE EFRAIN NAVIA LÓPEZ
RITA JIMENA PAZOS BARRERA
MIGUEL ANTONIO GOYES ANDRADE
GERMÁN EDUARDO PÉREZ SEPULVEDA
HABRAHAM HERMES TIMARAN PEREIRA
MARIO RICARDO PAZ VILLOTA
LUZ AMALIA ANDRADE ARÉVALO
NOHORA UNIGARRO FIGUEROA
MIGUEL ÁNGEL SÁNCHEZ ACOSTA
LAURA MARCELA SANTANDER ORTÍZ
ALBEIRO SALOMÓN CUATÍN NAVARRETE
CRHISTIAN LEONARDO PANTOJA ORTÍZ
CAROLINA JURADO MIRANDA
JHON JAIRO RODRÍGUEZ SALAZAR
ANGIE MARIHELEN CÓRDOBA REGALADO
SAULO ENRÍQUE SOTO FRAGA
CARLOS HERNANDO PEÑAFIEL ARÉVALO
EVA SOFIA SALCEDO GALVIS
HILDA RESTREPO SANCHEZ
ROSALBA PASCUAZA RODRÍGUEZ
ALVARO JAIME CAICEDO GUZMÁN
MAGDA LORENA BELALCAZAR REVELO
MARTHA LIDA ROSERO HERNÁNDEZ
RICARDO ESTUPIÑÁN CORAL
NIDIA LILIA PANTOJA DOMÍNGUEZ
GUSTAVO ANDRÉS VALENCIA BONILLA
OSCAR GABRIEL QUIJANO MELO
DORIS GUADALUPE ARTEAGA DE MAYA
PAOLA ANDREA GUERRERO OSEJO
MARCELA DEL PILAR DELGADO
CAROLINA LUNA DE LA ESPRIELLA
ZOILA VICTORIA OJEDA JURADO
MARTHA LUCÍA JURADO SANTACRUZ
RODRIGO FIGUEROA RAMÓN
EDGAR RODRIGO INSUASTY AGUIRRE
JOSÉ ALFREDO VALLEJO GOYES
GILBERTO BAYARDO CASTRO MAYA

Juzgado Primero Penal Especializado
Juzgado Segundo Penal Especializado
Juzgado Primero Penal del Circuito
Juzgado Segundo Penal del Circuito
Juzgado Tercero Penal del Circuito
Juzgado Cuarto Penal del Circuito
Juzgado Quinto Penal del Circuito
Juzgado 1° Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad
Juzgado 2° Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad
Juzgado 3° Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad
Juzgado Penal del Circuito Conocimiento Adolescentes
Juzgado Primero Civil del Circuito
Juzgado Segundo Civil del Circuito
Juzgado Tercero Civil del Circuito
Juzgado Cuarto Civil del Circuito
Juzgado Primero de Familia del Circuito
Juzgado Segundo de Familia del Circuito
Juzgado Tercero de Familia del Circuito
Juzgado Cuarto de Familia del Circuito
Juzgado Quinto de Familia del Circuito
Juzgado Sexto de Familia del Circuito
Juzgado Primero Laboral del Circuito
Juzgado Segundo Laboral del Circuito
Juzgado Tercero Laboral del Circuito
Juzgado Primero Penal Municipal de Conocimiento
Juzgado Segundo Penal Municipal de Conocimiento
Juzgado Tercero Penal Municipal de Conocimiento
Juzgado Cuarto Penal Municipal de Conocimiento
Juzgado Quinto Penal Municipal de Conocimiento
Juzgado Primero Penal Municipal Control de Garantías
Juzgado Segundo Penal Municipal Control de Garantías
Juzgado Tercero Penal Municipal Control de Garantías
Juzgado Cuarto Penal Municipal Control de Garantías
Juzgado Quinto Penal Municipal Control de Garantías
Juzgado 1° Penal Municipal Adolescentes
Juzgado 2° Penal Municipal Adolescentes
Juzgado 3° Penal Municipal Adolescentes
Juzgado 1o Penal Municipal Control Garantías Ambulante
Juzgado 2° Penal Municipal Control Garantías Ambulante
Juzgado Primero Civil Municipal
Juzgado Segundo Civil Municipal
Juzgado Tercero Civil Municipal
Juzgado Cuarto Civil Municipal
Juzgado Quinto Civil Municipal
Juzgado Sexto Civil Municipal
Juzgado 1° Pequeñas Causas y Competencia Múltiple
Juzgado 2° Pequeñas Causas y Competencia Múltiple
Juzgado Laboral Pequeñas Causas y Competencia Múltiple
Juzgado Promiscuo Municipal Buesaco
Juzgado Promiscuo Municipal Consacá
Juzgado Promiscuo Municipal El Tambo
Juzgado Promiscuo Municipal El Tablón de Gómez
Juzgado Promiscuo Municipal La Florida
Juzgado Promiscuo Municipal Sandoná

MARIO FERNANDO BARRERA FAJARDO
MARÍA CRISTINA ROSAS VALENCIA
JESÚS ARMANDO BETANCOURT ZAMBRANO
DANNY ALFONSO RIASCOS BASANTE
ÁNGELA MARÍA BOTINA BENAVIDES
YUDI CRISTINA MARCILLO OBANDO
LUPE MARLY LEGARDA ROMÁN
MARCELA GÓMEZ MUÑOZ
ANGELY AMPARO MAYA JURADO
JHON ALEXANDER HURTADO PAREDES

Juzgado Promiscuo Municipal El Peñol
Juzgado Promiscuo Municipal Tangua
Juzgado Promiscuo Municipal Yacuanquer
Juzgado Promiscuo Municipal Taminango
Juzgado Promiscuo Municipal El Rosario
Juzgado Promiscuo Municipal Leiva
Juzgado Promiscuo Municipal Policarpa
Juzgado Promiscuo Municipal Chachagüí
Juzgado Promiscuo Municipal Nariño
Juzgado Promiscuo Municipal Ancuya

CIRCUITO: IPIALES

GERMÁN EDUARDO ORDÓÑEZ OSEJO
MAGDA XIMENA VITERY NOGUERA
SERGIO RICARDO GUERRERO MARTINEZ
EDMUNDO VICENTE CAICEDO VELASCO
RICARDO TEJADA CAJAMARCA
BERNARDO ALFREDO RIASCOS GUERRERO
CLAUDIA PATRICIA PADILLA ROSERO
LUZ AMPARO CHAMORRO CALVO
CAMPO ELÍAS CÓRDOBA ARIAS
HILDA ISABEL CHAMORRO MORALES
ADRIANA DEL PILAR MIRANDA MARTÍNEZ
AMILCAR HERNÁN RODRÍGUEZ REINA
LEANDRO JAVIER MEJIA ORDOÑEZ
ROCIO DEL CARMEN MARTÍNEZ LÓPEZ
MARÍA EUGENIA LÓPEZ LEÓN
RICARDO GERMAN CHAVES BUSTOS
CARMEN XIMENA ARTEAGA GAVILANES
MARÍA ELENA DELGADO ORDÓÑEZ
RAMÓN ANDRÉS PALACIOS LÓPEZ
CARLOS ALBERTO REVELO RISUEÑO
NEFER LESLY RUALES MORA
CLAUDIA ROCIO IVONNE PARDO VALENCIA
CARLOS OSWALDO GONZÁLEZ INSUASTY
OSCAR ANDRÉS CORAL BARAHONA

Juzgado Primero Penal del Circuito
Juzgado Segundo Penal del Circuito
Juzgado Primero Civil del Circuito
Juzgado Segundo Civil del Circuito
Juzgado Laboral del Circuito
Juzgado Primero Penal Municipal
Juzgado Segundo Penal Municipal
Juzgado Tercero Penal Municipal
Juzgado Primero Civil Municipal
Juzgado Segundo Civil Municipal
Juzgado Primero Promiscuo de Familia
Juzgado Segundo Promiscuo de Familia
Juzgado Promiscuo Municipal Guachucal
Juzgado Promiscuo Municipal El Contadero
Juzgado Promiscuo Municipal Potosí
Juzgado Promiscuo Municipal Aldana
Juzgado Promiscuo Municipal Cumbal
Juzgado Promiscuo Municipal Funes
Juzgado Promiscuo Municipal Carlosama
Juzgado Promiscuo Municipal Pupiales
Juzgado Promiscuo Municipal Córdoba
Juzgado Promiscuo Municipal Puerres
Juzgado Promiscuo Municipal Gualmatán
Juzgado Promiscuo Municipal Iles

CIRCUITO: TUMACO

OVIDIO JAVIER URBANO MARTÍNEZ
JORGE ROBERTO ALVARADO VILLARREAL
EDUARDO ARTURO VELASCO CÓRDOBA
MARTHA LUCÍA CERÓN FERNÁNDEZ
OSCAR DUVAN BOLAÑOS VILLOTA
PABLO JOSÉ GÓMEZ RIVERA
TEÓFILO FRANCISCO FIGUEROA GÓMEZ
EDGAR GERARDO ROMO LUCERO
EDWAR SINIBALDO PAZ ERASO
JESÚS ARMANDO PORTILLA PORTILLA
JHON ESTEBAN ORTEGA PUERTAS
LIDIA MERCEDES PATIÑO YEPES
DAYRA JENNI AGUILAR LÓPEZ
CAROLINA SANZ ZAMUDIO
DEISY DAYENI GUANCHA AZA
EDUARDO JACOBO MARTÍNEZ RUEDA

Juzgado Penal Circuito Especializado
Juzgado Primero Penal del Circuito
Juzgado Segundo Penal del Circuito
Juzgado Ejecución Penas y Medidas Seguridad
Juzgado Primero Civil del Circuito
Juzgado Segundo Civil del Circuito
Juzgado Laboral del Circuito
Juzgado Promiscuo de Familia
Juzgado Primero Penal Municipal
Juzgado Segundo Penal Municipal
Juzgado Tercero Penal Municipal
Juzgado 1° Penal Municipal Adolescentes
Juzgado 2° Penal Municipal Adolescentes
Juzgado Primero Civil Municipal
Juzgado Segundo Civil Municipal
Juzgado Civil Especializado Restitución Tierras

JENNY CONSUELO OBANDO CABEZAS
MANUEL WILSON VILLARREAL ARÉVALO
MARÍA EUGENIA RODRÍGUEZ MEJÍA
OSCAR JAVIER MORA MORENO
ERNESTO RODRÍGUEZ MURILLAS

Juzgado Promiscuo Municipal El Charco
Juzgado Promiscuo Municipal Francisco Pizarro
Juzgado Promiscuo Municipal Olaya Herrera
Juzgado Promiscuo Municipal Mosquera
Juzgado Promiscuo Municipal La Tola

CIRCUITO: TÚQUERRES

AIDA CRISTINA ARTEAGA RAMOS
ANA ISABEL GUEVARA ORDÓÑEZ
CAYO MANLIO MIRANDA MONTENEGRO
AURA LUZ RUBIO NARVAÉZ
LORENA DEL CARMEN PÉREZ ROSERO
SANDRA MILENA MOLINA REALPE
JAIRO ESTEBAN ENRÍQUEZ GÓMEZ
MARÍA ALEXANDRA RUÍZ CABRERA
ESPERANZA DEL ROSARIO CÓRDOBA
NIDIA MARLENY ROSERO MELO
MAURICIO BENAVIDES ZAMBRANO
EYVAR RICARDO CIFUENTES CÓRDOBA
FRANCISCO JAVIER JIMÉNEZ SANTIUSTI
DEISY JOHANA BURBANO PANTOJA
FERNANDO ANDRÉS ORTEGA MONCAYO

Juzgado Penal del Circuito
Juzgado Civil del Circuito
Juzgado Promiscuo de Familia del Circuito
Juzgado Primero Penal Municipal
Juzgado Segundo Penal Municipal
Juzgado Primero Civil Municipal
Juzgado Segundo Civil Municipal
Juzgado Promiscuo Municipal Mallama
Juzgado Promiscuo Municipal Guaitarilla
Juzgado Promiscuo Municipal Imués
Juzgado Promiscuo Municipal Ospina
Juzgado Promiscuo Municipal Sapuyes
Juzgado Promiscuo Municipal Santacruz- Guachavés
Juzgado Promiscuo Municipal Ricaurte
Juzgado Promiscuo Municipal Providencia

CIRCUITO: LA UNIÓN

GLAUCO IVÁN BENAVIDES HERNÁNDEZ
ORLANDO SILVIO JAMAUCA RAMOS
MIGUEL ALIRIO PÉREZ YELA
MARTHA JANET VALENCIA SALAS
WILLIAM ELIGIO MEJÍA
GERMÁN GUSTAVO BASTIDAS ACOSTA
ANDREA MELISSA ANDRADE RUIZ
CAMILO ACOSTA ARTEAGA

Juzgado Penal del Circuito
Juzgado Civil del Circuito
Juzgado Promiscuo de Familia
Juzgado Primero Promiscuo Municipal
Juzgado Segundo Promiscuo Municipal
Juzgado Promiscuo Municipal San Lorenzo
Juzgado Promiscuo Municipal Berruecos
Juzgado Promiscuo Municipal San Pedro de Cartago

CIRCUITO: LA CRUZ

CARMEN ALICIA SALAZAR MONTENEGRO
SANDRA MILENA MUÑOZ BASTIDAS
AIDÉ VANEGAS TORRES
JORGE EDMUNDO GONZÁLEZ BASTIDAS
SOLEDAD DEL SOCORRO SOLARTE SOLARTE
DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
OSCAR HERNANDO GÓMEZ LUNA
SANDRA JOSEFINA MEDINA SOTO

Juzgado Promiscuo del Circuito
Juzgado Promiscuo de Familia del Circuito
Juzgado Promiscuo Municipal
Juzgado Promiscuo Municipal San Pablo
Juzgado Promiscuo Municipal Belén
Juzgado Promiscuo Municipal San José de Albán
Juzgado Promiscuo Municipal Colón Génova
Juzgado Promiscuo Municipal San Bernardo

CIRCUITO: SAMANIEGO

JOSÉ VICENTE BENAVIDES RAZZA
RUTH ESMERALDA MARTÍNEZ GUERRERO
MARTHA ANDREA CALVACHE RUALES
ERIKA GREISY TORO BOLAÑOS
JOHANA NATALY BURBANO DE LOS RIOS
PATRICIA MARÍA ISABEL ERAZO INSUASTY
CARLOS EDUARDO CÓRDOBA
OSCAR ERNESTO BUCHELLI DELGADO

Juzgado Promiscuo del Circuito
Juzgado Promiscuo de Familia
Juzgado Primero Promiscuo Municipal
Juzgado Segundo Promiscuo Municipal
Juzgado Promiscuo Municipal Linares
Juzgado Promiscuo Municipal Cumbitara
Juzgado Promiscuo Municipal Sotomayor
Juzgado Promiscuo Municipal La Llanada

CIRCUITO: BARBACOAS

MENANDRO JESÚS LÓPEZ RODRÍGUEZ
PILAR PATRICIA TOBAR HEREDIA
RICARDO IVÁN PÁEZ VITERI
MARIBELL SILVA BRAVO
DELIA MAGALY MORALES VALLECILLA
HUGO HERNÁN ROJAS NAVIA
MARÍA ELENA ROSALES ASCUNTAR

Juzgado Promiscuo del Circuito
Juzgado Promiscuo de Familia de Circuito
Juzgado Primero Promiscuo Municipal
Juzgado Segundo Promiscuo Municipal
Juzgado Promiscuo Municipal Magûí Payán
Juzgado Promiscuo Municipal Roberto Payán
Juzgado Promiscuo Municipal Santa Bárbara-Iscuandé

Sala Cívil - Familia



Doctores: Gabriel Guillermo Ortíz Narváez, Aida Mónica Rosero García, Marcela Adriana Castillo Silva, Franklin Torres Cabrera (Presidente Sala).

DERECHO FUNDAMENTAL A LA FILIACIÓN - Derecho de los menores a tener un nombre y al conocimiento de su filiación. / ACCIÓN DE IMPUGNACIÓN DE LA PATERNIDAD ACUMULADA CON RECLAMACIÓN DE PATERNIDAD – Si por vía de la cancelación del registro civil se ataca la filiación paterna, se está en presencia de la acción de impugnación de paternidad, sea cual fuere el nomen iuris que el actor le hubiere asignado./ PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE LA PRIMACÍA DEL DERECHO SUSTANCIAL SOBRE EL ADJETIVO – Aplicación en aras de salvaguardar los Derechos Fundamentales de los menores de edad. / IMPUGNACIÓN DE LA PATERNIDAD - Interés actual del padre biológico para infirmar la paternidad al no encontrarse ajustada a la realidad – Teniendo en cuenta que la pretensión de cancelación del registro civil de nacimiento de la menor efectuada por el actor, implica el cuestionamiento de la paternidad del demandado, es procedente estudiar el caso particular bajo las directrices de la acción de impugnación de paternidad, que a su vez apareja la reclamación de la misma, independientemente de la denominación de la pretensión que se le haya dado; en tanto está de por medio el esclarecimiento de un aspecto fundamental del estado civil de la menor, relativo a la filiación, que se encuentra en entredicho por la dualidad del reconocimiento paterno y con el fin de garantizar sus derechos fundamentales y dando aplicación al principio de la primacía del derecho sustancial sobre el procedimental, es factible valorar la prueba de ADN aportada con la demanda, la cual fue rechazada en primera instancia, por cuanto la misma da cuenta de su filiación real, siendo un hecho de suma trascendencia para la lid. Determinándose que mediante dicha prueba se acredita científicamente que el demandante es el padre biológico de la menor y que en virtud de la existencia de dos registros civiles de nacimiento válidos, le asiste el interés actual para infirmar la paternidad que no se encuentra ajustada a la realidad, debiéndose, por tanto, cancelar el registro civil censurado. /

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PASTO
SALA DE DECISIÓN CIVIL FAMILIA**

Magistrada Sustanciadora: Marcela Adriana Castillo Silva

Ref.: Ordinario. No.: 2013-00173 (406-01)

Acta de discusión:_____

Pasto, ocho (8) de noviembre de dos mil dieciséis (2016)

Decide la Sala el recurso de apelación incoado por la parte demandante contra la sentencia de 9 de abril de 2015, proferida por el Juzgado Segundo de Familia del Circuito de Pasto, dentro del proceso ordinario propuesto por GYBG frente a AMCE

I.- ANTECEDENTES:

1.- Demanda.

El extremo activo de la lid, a través de mandatario solicitóse cancele el registro de nacimiento de JSCS, realizado el 20 de marzo de 2009 en la Notaría Tercera del Círculo de Pasto -NUIP 1.081.056.858- y se deje en firme el registro efectuado el 24 de marzo del mismo año a nombre de JBS, en la Notaría Cuarta de Pasto, -NUIP 1.081.279.174-

2.- Fundamentos facticos.

Señaló que el día 15 de enero de 2009 nació JSBS, hija del demandante y la señora MCSV, razón por la cual fue registrada por aquel en la Notaría Cuarta del Círculo de Pasto, el 24 de marzo de 2009, asignándosele el NUIP 1.081.279.174.

Adujo que el demandado inscribió a la menor en la Notaría Tercera de Pasto, asignándole el NUIP 1.081.056.858,

lo cual indicó no corresponde a la realidad de su estado civil ni a su origen biológico, habida cuenta que a través de prueba genética se comprobó que el demandante era el padre de la menor JS.

3.- Sentencia de primera instancia.

En sentencia de 9 de abril de 2015, el Juzgado Segundo de Familia del Circuito de Pasto, negó las pretensiones de la demanda porque consideró que cada uno de los registros civiles de la menor JS son válidos, según lo indica el artículo 102 del Decreto 1260 de 1970, sin que sea procedente aplicar la presunción de paternidad de hijo habido dentro del matrimonio, por cuanto la señora MSV y el demandante se divorciaron en septiembre de 2006, y la menor nació por fuera de la época prevista en el artículo 92 del C.C.; por otra parte señaló que determinar la filiación real de la menor debió acudir a las acciones de reclamación e impugnación de estado.

4.- Apelación.

El procurador judicial del extremo activo de la lid recurrió en apelación la sentencia de primera instancia en los siguientes términos: **(i)** señaló que la demanda tiene como pretensión se cancele uno de los dos registros de nacimiento que ahora tiene la niña JS y no para dilucidar la filiación, por lo cual señaló se desconoció el artículo 305 del C de P.C. **(ii)** Adujo que la juzgadora de instancia no interpretó de forma adecuada el resultado de la prueba de ADN aportada, valoró equívocamente el concepto de la Procuradora de Familia y omitió valorar las declaraciones de la madre de la menor y la del demandante.

II. CONSIDERACIONES.-

1.- Comentarios iniciales.

A manera de introducción recuerda la Sala, que el artículo 40 de la ley 153 de 1887, modificado por el artículo 624 del Código General del Proceso, prevé que las leyes adjetivas prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deban empezar a regir; sin embargo, precisa que los recursos interpuestos deben tramitarse por la norma vigente en la fecha en que aquellos fueron propuestos.

Efectivamente, si bien mediante Acuerdo No. PSAA15-10392 de 2015, proferido por el Consejo Superior de la Judicatura, se dispuso que el Código General del Proceso, entraría¹ a regir a partir del 1 de enero de 2016, el asunto de la referencia habrá de ser tramitado de conformidad con los parámetros de la disposición normativa citada, es decir al tenor de la norma procesal vigente al momento en que se incoó la apelación objeto de estudio.

Previo a abordar el análisis, es oportuno establecer que, como censura el demandante en su apelación, el *a quo* abordó el *petitum* como si se tratara de una deducción de filiación con impugnación, comportando así un trámite contencioso y no como una cancelación de registro, que se rige por las normas de la jurisdicción voluntaria.

2.- Problema jurídico.

Corresponde a esta Corporación determinar si la cancelación de registro civil de nacimiento efectuado a nombre de JSCS, implica un cambio en su filiación paterna, y si por la vía de la acción entablada es procedente acometer el estudio de fondo sobre este tema en particular.

Del mismo modo deberá verificar la Sala si es jurídicamente posible valorar la prueba de marcadores genéticos de ADN aportada junto con la demanda, y con base en ello determinar si le asiste al demandante el interés actual requerido por la legislación sustantiva civil para infirmar la relación filiar de la cual da cuenta el registro civil de nacimiento por él censurado.

¹ Mediante Sentencia de Tutela dictada el 8 de febrero de 2015, por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, M.P. Blanca Lidia Arellano Moreno, se suspendió transitoriamente el acuerdo PSAA15-10392 de 2015, y por contera la entrada en vigencia del C. G. del P. en el Distrito Judicial de Pasto.

Finalmente debe dilucidar este Tribunal si en este caso el padre biológico puede impugnar en cualquier tiempo la presunción de paternidad cuando acompaña a esa acción la reclamación de la paternidad.

3.- Tesis de la Corporación

Considera esta Judicatura que por vía de la cancelación del registro civil se ataca la filiación paterna de la cual da cuenta, y por tanto se está en presencia de una acción de impugnación de paternidad, independientemente de la denominación de la pretensión que le asignó el demandante.

Constata la Sala, que en virtud del principio constitucional de la primacía del derecho sustancial sobre el adjetivo, la prueba de ADN allegada al plenario, requiere ser ponderada dentro del juicio adjetivo de la referencia, ya que da cuenta de la filiación real de la niña JS.

Finalmente estima la Corporación que en virtud de la existencia de dos registros civiles de nacimiento válidos, persiste el interés actual del padre biológico para infirmar la paternidad que no se encuentra ajustada a la realidad, pues de lo contrario se estaría afectando el derecho fundamental a la filiación de la menor.

4.- Estudio del caso.

4.1.- Aspectos normativos. El artículo 44 de la Constitución Política de Colombia, otorga a los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes el carácter de fundamentales, entre los que se encuentra el de tener un nombre, considerado como atributo de la personalidad según la Ley Civil. A su turno La Ley 1098 de 2006 en su artículo 25 establece que los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a la filiación conforme a la ley, esto es, que sea tenido legalmente como hijo de quienes biológicamente son sus padres. En la sentencia C-109 de 1995 la Corte Constitucional se refirió al derecho a la filiación como atributo de la personalidad en tanto es un elemento integrante del estado civil de las personas. Desde esta perspectiva puntualizó la Corte que las normas sobre filiación son de orden público y por ende no pueden ser variadas por la voluntad de las partes.

Al respecto, la Corte Constitucional señaló que: (...) *“toda persona -y en especial el niño- tiene derecho no solamente a llevar los apellidos de sus padres, sino también a obtener certeza sobre su filiación, tanto paterna como materna, con el fin de reclamar su condición de hijo, y para que se cumplan en beneficio suyo las obligaciones de sus progenitores.*

(...) El derecho de un menor a un nombre y al conocimiento de su filiación resulta fundamental no solamente por el ya aludido mandato constitucional sino por cuanto en ello está de por medio su dignidad humana, ya que supone la posibilidad de ser identificado y diferenciado respecto de los demás individuos y el ejercicio de otros derechos, como los relativos a su alimentación, crianza, educación y establecimiento.”

(...) motivo por el cual, el hecho de que los niños, las niñas y los adolescentes tengan certeza acerca de quién es su progenitor constituye un principio de orden público y hace parte del núcleo esencial del derecho fundamental a la personalidad jurídica.

Al tenor de esos parámetros procederá a estudiar la Sala el caso sometido a alzada, bajo las directrices de la acción de impugnación de paternidad extramatrimonial, entendiendo que el trámite por el cual se postuló la pretensión es el mismo que en su momento rigió para la acción comentada, esto es por la senda declarativa.

4.2.- Delimitación del litigio. Como punto de partida, recordemos que acreditado se encuentra en el plenario que el señor AMCE, inscribió a la menor JS, en el registro civil de nacimiento el 20 de marzo de 2009, asignándosele el NUIP 1.081.056.858, con base en un *“CERTIFICADO MÉDICO O DE NACIDO VIVO”*, efectuando el respectivo reconocimiento paterno (fl. 10); Del mismo modo se probó que el señor GYBG, inscribió a la menor el 24 de marzo de 2009, asignándosele el NUIP 1.081.279.174, con base en dos testigos, y formalizando también el reconocimiento paterno (fl. 9).

Como se puede apreciar, ambas inscripciones en el registro civil, se realizaron de acuerdo con lo dispuesto en el

artículo 49 del Decreto 1260 de 1970, por lo cual se presume la autenticidad de las anotaciones en ella depositadas –entre las cuales yace el reconocimiento paterno–, conforme lo dispuesto en el artículo 103 del mismo estatuto, el cual prevé que “[s]e presume la autenticidad y pureza de las inscripciones hechas en debida forma en el registro del estado civil. No obstante, podrán rechazarse, probando la falta de identidad personal, esto es, el hecho de no ser una misma la persona a que se refieren la inscripción a los documentos en que ésta se fundó y la persona a quien se pretende aplicar.”

Ante la validez de cada uno de los registros civiles reseñados, y aun cuando la parte apelante afirma que su pretensión se enfila de forma principal a la cancelación del registro civil efectuado por el demandado, no puede desconocer la Corporación que ello supone inexorablemente el esclarecimiento de un aspecto fundamental del estado civil de la niña JS, el relativo a la filiación paterna, pues en suma solicita que aquella se ajuste a la que estima real.

Itera la Sala en consecuencia, que la pretensión de cancelación del registro civil efectuado ante la Notaria Tercera de Pasto, a nombre de JSCS, implica inevitablemente el cuestionamiento de la paternidad del señor MAC, y por tanto nos encontramos en esta oportunidad frente a una verdadera acción de impugnación de estado² que a su vez apareja la reclamación de la paternidad, sea cual fuere el *nomen iuris* que el actor le hubiere asignado. Al respecto la Corte Suprema de Justicia ha dicho lo siguiente:

“Así se deduce claramente de la jurisprudencia de esta Sala que a continuación se reseña, en la que, de una parte, se evidencia que la Corte ha tenido la oportunidad de estudiar y resolver de antaño situaciones fácticas como la ventilada en este proceso, lo que explica precisamente la razón para traer a colación, cual antecedente histórico, esos pronunciamientos, pues en ellos, como aquí, la pretensión debatida en juicio estuvo orientada, en resumidas cuentas, a obtener la declaración judicial de que una determinada persona carecía del estado civil que ostentaba en la correspondiente partida, por no corresponder ese hecho a la realidad; y emerge, por otra parte, de esa misma jurisprudencia, que la Corte al resolver en todos esos casos en la forma en que lo hizo, dejó sentado tácitamente pero además con la nitidez requerida, que en todos los eventos en que se denuncie judicialmente la falsedad de la declaración de maternidad contenida en las actas del estado civil de una persona, sin duda se está en presencia de una auténtica y genuina acción de impugnación de esa filiación, así se le llame por el actor acción de nulidad del registro o de inoponibilidad o invalidez, pues lo que en el fondo prevalece e importa en todas ellas es que se declare judicialmente que es irreal el hecho afirmado en la partida; cuestión que, según se expresa en esos mismos pronunciamientos, por interesar al orden público y social, suscita el debido acatamiento de funcionarios y particulares.”

4.4.- Validez de la exclusión de la prueba de ADN en primera instancia. Entendido el litigio en su verdadera dimensión, en aras de salvaguardar los derechos fundamentales de la niña JS, hay que ahondar en el estudio de la valoración probatoria efectuada en primera instancia, pues sin ese elemento ningún sentido tendría avanzar el en análisis pertinente para establecer la verdadera filiación de la menor.

Puntualmente, evóquese que mediante proveído de 22 de mayo de 2014, el Juzgado a quo, resolvió rechazar la prueba de marcadores genéticos de ADN aportada junto con el libelo de postulación, señalando que aquella no se practicó frente a la menor JS, análisis contraevidente como quiera que claramente el examen practicado ante el Laboratorio de Identificación Humana de la Universidad Manuela Beltrán - reconocida por el Instituto Nacional de Salud -, se realizó con el grupo familiar integrado por GYBG, MCSV, y la hija de esta última, cuyo documento de identificación se consignó el No..., cual es el número del certificado de nacido vivo con la cual se inscribió en el registro civil a la niña JS (Folio 10 del cuaderno 1).

² Obsérvese que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1 del Decreto 1260 de 1970, el estado civil de una persona es su situación jurídica en la familia y la sociedad, determinada su capacidad para ejercer ciertos derechos y contraer ciertas obligaciones, es indivisible, indisponible e imprescriptible, y su asignación corresponde a la misma ley. Evóquese a su vez que la doctrina nacional ha señalado que aquel “(...) está constituido por un conjunto de situaciones jurídicas en las que debe necesariamente encontrarse todo ser humano, que relacionan a cada persona con la familia de donde proviene o con la familia que ha formado y la sociedad a la que pertenece, y con ciertos hechos fundamentales de la misma personalidad. (...)” (VALENCIA ZEA Arturo, y ORTIZ MONSALVE Álvaro. Derecho civil, Tomo I parte General y Personas. Decimoséptima edición. Ed. Temis. Pág.:423)

En efecto, el informe de resultados de la prueba de ADN, indica que el señor GYBG, tiene una probabilidad acumulada de paternidad de 99.999779810%, respecto de la niña JS, bajo esa perspectiva, no puede el juzgador darle la espalda a un hecho de suma trascendencia para la lid; entonces, cuando por un error en la valoración del documento el a quo decidió no incorporarla al plenario, ello pugna frontalmente con el principio de la primacía del derecho sustancial sobre el procedimental, consagrado en el artículo 229 de la Carta Política de 1991, con el agravante en este caso, de generar una indeterminación de un derecho fundamental de una niña, lo cual está proscrito, desde la perspectiva del bloque de constitucionalidad aplicable al asunto estudiado, conforme se ha mencionado en apartes anteriores de esta providencia.

Sobre este tema en particular, la Corte Constitucional, se ha pronunciado en los siguientes términos, a saber:

*"En no pocos casos, la Corte Constitucional ha juzgado como inconstitucionales ciertas interpretaciones de la ley, que serían aceptables en la generalidad de los casos, cuando permanecen inalterables ante la fuerza de la evidencia que se desprende de una prueba de ADN. De hecho, de al menos tres casos que a continuación pasan a exponerse, es posible inferir como principio vinculado a la Constitución, especialmente al derecho a la primacía del derecho sustancial sobre el simplemente formal o adjetivo (art. 229, C.P.), que la **contundencia de los resultados contenidos en una prueba de ADN es tan relevante, que debe conducir al juez a interpretar la ley de tal manera que garantice en la mayor medida posible la primacía de la verdad manifiesta y palmaria –el derecho sustancial– consagrada en ella, sobre cualquier otra consideración jurídico formal.***

22.1. Para empezar, así lo dijo en la sentencia T-411 de 2004,³ al juzgar que aunque en principio era improcedente la acción de tutela contra una providencia judicial debido a que –como lo exige la jurisprudencia de la Corte-⁴ no se habían agotado todos los medios ordinarios y extraordinarios de defensa judicial al alcance de la persona afectada (en ese caso, el recurso de apelación contra la providencia cuestionada), lo cierto es que como la tutela se interpuso para controvertir un fallo inconsistente con los resultados contundentes de una prueba de ADN, debían dejarse de lado los aspectos jurídico formales de procedencia del amparo, para darle primacía al derecho sustancial y, así, estudiar y decidir el fondo sustantivo de la tutela. (...)

22.2. Ese mismo principio fue observado nuevamente por esta Corte, más adelante, en la sentencia T-1226 de 2004.⁵ En esta otra ocasión, la Corte Constitucional consideró que a una persona se le habían violado diversos derechos fundamentales al haberle negado el recurso de revisión contra una providencia judicial que lo declaraba padre de otra persona, a pesar de que tenía en su poder una prueba de ADN que dictaminaba lo contrario. La Corte consideró que no era legítimo mantener una providencia que contrariaba la evidencia científica de una prueba de ADN, y que la decisión de negar el recurso de revisión, aunque se avenía al entendimiento convencional de las causales de procedencia del recurso, violaba diversos derechos fundamentales tanto del reputado padre, como del supuesto hijo. Por lo tanto, estableció que no era constitucionalmente admisible para el juez abstenerse de adecuar el sentido de las normas para que respondieran con justicia a los adelantos científicos. (...)

22.3. Por último, cabe mencionar que otra de las aplicaciones de este principio puede hallarse en la sentencia T-584 de 2008.⁶ El caso decidido en esa oportunidad, tuvo lugar porque en un proceso de investigación de la paternidad, una persona fue declarada como padre de otra sin la práctica de una prueba de ADN, la cual no había podido practicarse dentro del proceso por falta de dinero del supuesto padre. Luego de concluido el proceso, el reputado padre se practicó una prueba de ADN que descartó como improbable que fuera padre de la niña, y por ese motivo interpuso recurso de revisión, el cual le

³ (MP Jaime Araújo Rentería).

⁴ (MP Jaime Córdoba Triviño, unánime). En esta sentencia, la Corte decidió declarar inexecutable una norma del Código de Procedimiento Penal porque contemplaba contra los fallos de casación dictados por la Corte Suprema de Justicia. La Corte Constitucional manifestó que contra esos fallos sí procedían las acciones de tutela, siempre que se satisficieran determinadas condiciones de procedibilidad y prosperidad.

⁵ (MP Manuel José Cepeda Espinosa).

⁶ (MP Humberto Sierra Porto).

fue negado. La Corte Constitucional consideró que las razones para negar la prosperidad del recurso, aunque eran válidas en principio y respondían a argumentos jurídicos convencionalmente aceptados en la generalidad de los casos, no tenían valor cuando menospreciaban la contundencia de la verdad emanada de una prueba de ADN, cuando descarta la paternidad de una persona. (...)

24. Como se ve, hay entonces una laguna axiológica cuando no se toma en cuenta un hecho sumamente relevante (la contundencia de la verdad científica) al interpretar una ley generalmente válida, y esa laguna amenaza derechos fundamentales del tutelante. En esos casos, debe buscarse una interpretación distinta que colme la laguna. Y en este en particular eso puede lograrse si se entiende de un modo distinto el 'interés actual'. Por ejemplo, si se interpreta que cuando una persona (i) reconoce a otra como su hija, (ii) aunque con dudas sobre la verdadera paternidad, (iii) luego deja pasar un tiempo prolongado para cuestionar la paternidad, y (iv) decide finalmente impugnarla con fundamento en esas mismas dudas, pero (v) lo hace pocos días después de tener certeza sobre la realidad de la filiación, gracias a una prueba como la de ADN, entonces el 'interés actual' o bien se presume, o bien no se presume pero se entiende actualizado gracias a la novedad de la prueba científica.(...)"⁷ (Negrilla fuera de texto)

Al amparo de las consideraciones expuestas, itérese que la prueba de marcadores genéticos de ADN, no fue decretada por la juzgadora de primera instancia por dos errores: uno evidente de apreciación al confundir a la hija de MCSV de nombre JS con una supuesta hija homónima de la madre y otro al dejar de lado su deber de declarar de oficio dicha prueba, si lo que estaba decidiendo en últimas era la filiación de la menor.

Al mismo tiempo se memora que con anterioridad a la data en que se emitiera dicha determinación judicial -22 de mayo de 2014-, la parte demandada contó con la oportunidad de refutarla a través de la contestación de la demanda, sin embargo, el límite señalado para el efecto feneció sin que se hubiere presentado inconformidad alguna al respecto, tal y como se corrobora en auto de 2 de septiembre de 2013, por la ausencia de oposición o renuncia a la contradicción frente a los alegatos de la parte demandante en primera y segunda instancia.

Puede entonces concluirse que a pesar de las vicisitudes presentadas frente a la prueba de marcadores genéticos que el demandante acompañó con el escrito de postulación, lo cierto es que dicho documento sirve al efecto de demostrar cuál es la verdadera filiación de la niña JS, y por ello se deberán atender sus conclusiones, que sirven para acreditar científicamente que el demandante GYBG, es el padre de la niña JS, y que ciertamente el registro civil que responde en realidad a la verdadera filiación de aquella, es el que se efectuó el 24 de marzo de 2009, y en el que se le asignó el NUIP 1.081.279.174 (folio. 9).

4.5.- Interés actual del verdadero padre en la filiación. Si bien el resultado de la prueba de ADN aportada al plenario por el demandante se efectuó el 11 de febrero de 2009, y desde esa fecha aquel conoció que su paternidad no había quedado excluida, considera esta Corporación que persiste el interés actual del demandante en infirmar el reconocimiento paterno efectuado por el señor AMCE en acatamiento de la norma artículo 406 del Código Civil que prescribe:

"ARTICULO 406. IMPRESCRIPTIBILIDAD DE LA ACCION. Ni prescripción ni fallo alguno, entre cualesquiera otras personas que se haya pronunciado, podrá oponerse a quien se presente como verdadero padre o madre del que pasa por hijo de otros, o como verdadero hijo del padre o madre que le desconoce."

Y es que el órgano de cierre de la jurisdicción constitucional, ha señalado que en virtud del derecho a la filiación real, los niños, niñas y adolescentes, tienen la posibilidad de hacer efectivos los deberes que a sus progenitores les compete cumplir, así:

⁷ Sentencia T-888/10

Acerca de los criterios jurídicos que deben observarse para aplicar en concreto el principio del interés superior de menores de dieciocho años, en la jurisprudencia de esta Corporación se han establecido los siguientes: (i) el principio del interés superior de los niños, las niñas y adolescentes se realiza en el estudio de cada caso en particular y tiene por fin asegurar su desarrollo integral; (ii) este principio, además, persigue la realización efectiva de sus derechos fundamentales como resguardarlos de los riesgos prohibidos que amenacen su desarrollo armónico. Estos riesgos no se agotan en los que enuncia la ley sino que también deben analizarse en el estudio de cada caso particular; (iii) debe propenderse por encontrar un equilibrio entre los derechos de los padres o sus representantes legales y los de los niños, las niñas y adolescentes. Sin embargo, cuando dicha armonización no sea posible, deberán prevalecer las garantías superiores de los menores de dieciocho años. En otras palabras, siempre que prevalezcan los derechos de los padres, es porque se ha entendido que ésta es la mejor manera de darle aplicación al principio del interés superior de los menores de edad.⁸¹⁹

Naturalmente, no se pierde de vista que una de las características particulares del litigio que ocupa la atención de la Sala en esta oportunidad es precisamente que la menor JS, fue registrada tanto por el demandante como por el demandado, situación que los mismos sujetos procesales han reconocido genera confusión en la menor de edad pues uno y otro se comportan como tal frente a aquella.

Una decisión que comulgue con los derechos fundamentales de la niña JS a la filiación real y a la personalidad jurídica, sería precisamente aquella destinada a decidir sobre la impugnación de la paternidad de AMCE acumulada con una acción de reclamación de la paternidad por parte de GYBG. Por ello, en aras de dirimir sobre los vínculos parentales que en la actualidad se encuentran en entredicho por la dualidad del reconocimiento paterno, habrá de aplicarse las normas sustanciales destinadas a gobernar el sub lite. Encuentra entonces la Sala, que de acuerdo a la contundencia del ordenamiento jurídico constitucional, se impone en esta oportunidad que el interés se ha mantenido actualizado para el actor, en virtud de la necesidad de esclarecer la filiación real de la menor JS, ya que la dualidad del registro - aunque efectuado de buena fe por uno y otro sujeto procesal, pues no se ha demostrado lo contrario-, han afectado de forma directa sus garantías superiores, y que sea esta la oportunidad entonces para zanjar de forma definitiva las vicisitudes que a partir de esa doble condición jurídica, como hija extramatrimonial de uno y otro litigante.

En suma, esta Judicatura procederá a revocar el fallo de primera instancia, declarando en su lugar que el señor AMCE no es el padre biológico de la menor JS, y en consecuencia se dispondrá la cancelación del registro civil de nacimiento que reflejaba dicha relación paterna, dejando indemne aquella que la prueba científica aportada al plenario ha demostrado corresponde a la realidad.

En mérito de lo expuesto la **SALA DE DECISIÓN CIVIL FAMILIA** del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PASTO**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO.- REVOCAR la sentencia de 9 de abril de 2015, proferida por el Juzgado Segundo de Familia del Circuito de Pasto, dentro del proceso ordinario propuesto de la referencia, y en su lugar disponer:

*"DECLARAR que el señor AMCE **NO** es el padre biológico de la menor JS, y en consecuencia ordenar la cancelación el registro civil de nacimiento a nombre de JSCS, correspondiente al NUIP. 1081.056.858, registrado ante la Notaria Tercera del Circulo de Pasto, el 20 de marzo de 2009 por el señor AMCE.*

⁸ Corte Constitucional. Sentencia T-502 del 30 de junio de 2011. MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

⁹ Corte Constitucional Sentencia C-258 de 2015.

DECLARAR que el verdadero padre de la niña JS es el señor GYBG, por ende es válido, y ajustado a la filiación real de JSBS, el registro civil de nacimiento NUIP. 1.081.279.174, efectuado ante la Notaría Cuarta del Círculo de Pasto, cuyo reconocimiento paterno, efectuó el señor GYBG”.

SEGUNDO.- Sin lugar a condenar en constas, por estimarse que no se causaron.

TERCERO: DEVUÉLVASE el expediente junto con la actuación surtida en ésta Corporación, al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE

MARCELA ADRIANA CASTILLO SILVA

Magistrada

GABRIEL GUILLERMO ORTÍZ NARVÁEZ

Magistrado

AIDA MÓNICA ROSERO GARCÍA

Magistrada

CONTRATO DE SEGURO DE DAÑOS CORPORALES DE VÍCTIMAS DE ACCIDENTES DE TRÁNSITO - PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA: Normatividad Aplicable, Término e Interrupción - No obstante las pretensiones de la entidad demandante, de que se declare que la aseguradora demandada tiene la obligación de pagar a su favor los servicios médicos y hospitalarios que fueron prestados a las víctimas de accidente de tránsito en virtud de las pólizas de seguro obligatorio, estarían llamadas a prosperar, se determina que sobre tales derechos ha operado el fenómeno de la prescripción ordinaria, teniendo en cuenta el término establecido en el art 1081 del Código de Comercio, norma aplicable al caso, en virtud del principio de la especialidad, derivado del reenvío normativo que efectúa el Estatuto Orgánico Financiero, el cual regula lo referente al seguro obligatorio de daños corporales en accidentes de tránsito y siendo que no logró demostrarse que la prescripción hubiere sido interrumpida, en tanto no existe ningún elemento de prueba mediante el cual se acredite que la aseguradora realizó el reconocimiento de la deuda de forma tácita o expresa, y aunque hubiere ocurrido este hecho, inexorablemente habrían transcurrido más de dos años a partir de dicha data hasta la presentación de la demanda./

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PASTO
SALA DE DECISIÓN CIVIL FAMILIA**

Magistrada Sustanciadora: Marcela Adriana Castillo Silva

Ref.: Ordinario. No.: 2012-00037-00 (049-01)

Acta de discusión: _____

Pasto, veinticuatro (24) de agosto de dos mil dieciséis (2016)

Decide la Sala el recurso de apelación incoado por la parte demandante contra la sentencia de 10 de octubre de 2014, proferida por el Juzgado Civil del Circuito de Descongestión de Pasto, dentro del proceso ordinario propuesto por HOSPITAL INFANTIL LOS ÁNGELES frente a LA PREVISORA S.A.

I.- ANTECEDENTES:

1.- Demanda.

Mediante libelo de postulación adiado a 17 de febrero de 2012, el Hospital Infantil los Ángeles pidió se declare que la aseguradora La Previsora S.A., tiene la obligación de pagar a su favor los servicios médicos y hospitalarios que fueron prestados a las víctimas de accidente de tránsito; como consecuencia de ello se le condene a cancelar la suma de \$34.453.903,00 debidamente indexados más los intereses moratorios desde cuando se dejó de saldar la obligación y hasta el día del pago total de la misma.

Las anteriores pretensiones se fundaron en los hechos que a continuación se sintetizan:

Afirmó que en virtud de las pólizas de seguro obligatorio de accidentes de tránsito, expedidas por la aseguradora demandada, prestó servicios médico asistenciales y hospitalarios, a las víctimas de tales siniestros, generando en consecuencia las facturas correspondientes.

Sostuvo que a pesar de que la demandada recibió las facturas originales, incumplió el pago de los servicios prestados, ya que efectuó únicamente abonos parciales respecto de algunos casos, adeudando en total la suma de \$34.453.903,00; aseguró también que por haberle hecho entrega de tales documentos a la entidad demandada, no le es posible interponer una acción ejecutiva, obligándola a acudir a la vía ordinaria. Además ello le causó perjuicios económicos, como quiera que invirtió sus propios recursos para el restablecimiento de las víctimas.

2.- Trámite de primera instancia.

2.1.- Admitida la demanda se notificó a la parte pasiva de la lid, que la contestó y propuso las siguientes excepciones de mérito: **(i)** Aseguró que la inactividad de la demandante para adelantar el cobro ejecutivo pertinente no puede suplirse con el ejercicio de la acción ordinaria. **(ii)** Argumentó que las obligaciones cuya fuente proviene de las facturas presentadas ante aquella entidad para el pago, se encuentran prescritas, y que lo que se pretende con la pretensión entablada es revivir términos y situaciones jurídicas; **(iii)** sostuvo que 4 facturas por la suma de \$256.182, no cuentan con la cobertura del SOAT, por haberse ésta agotado. **(iv)** Reseñó que 83 facturas por la suma de \$15.175.405, fueron devueltas por auditoría médica por no contar con los requisitos para su exigibilidad; **(v)** adujo que 10 facturas por la suma de \$9.008.765, fueron remitidas a auditoría médica quien sostuvo que era improcedente el pago hasta que se corrigieran los yerros en ellas encontrados. **(vi)** Señaló que 4 facturas por el valor de \$1.544.694, no fueron pagadas por carecer de los soportes correspondientes según la Subgerencia de Indemnizaciones SOAT; **(vii)** indicó que 8 facturas por la suma de \$4.341.863 no contaban con los requisitos legales para ser pagadas. **(viii)** Preciso que respecto de la factura por la suma de \$3.562.100, se realizó cruce de cartera; **(ix)** arguyó desconocer la existencia de 3 facturas por la suma de \$352.669.

2.2.- La parte demandante, se pronunció respecto de las excepciones de mérito propuestas por la parte demandada de la siguiente manera: **(i)** Argumentó que la acción ordinaria es legítima para lograr el reconocimiento del enriquecimiento sin causa obtenido por la demandada por el no pago de los servicios prestados. **(ii)** Aseguró que el Hospital Infantil Los Ángeles, ha realizado continuamente gestiones para el cobro de las diferentes facturas que hoy se demandan, recibiendo respuestas positivas sobre su pago, por lo cual se generó la interrupción natural de la prescripción, fenómeno que está regido por el artículo 1081 del Código de Comercio.

2.3.- Agotado el trámite de la instancia, se corrió traslado para alegatos de conclusión, etapa que fue aprovechada por ambos extremos del litigio, de la siguiente manera: **(i)** La aseguradora demandada, por intermedio de su apoderada judicial, reiteró los argumentos expuestos al contestar la demanda, concluyendo que en relación a las obligaciones cuya declaratoria se pretende, ha operado el fenómeno de la prescripción, y que en nada contribuyó el material probatorio acopiado. **(ii)** Por su parte la entidad demandante, igualmente a través de su procurador judicial, adujo haber cumplido los procedimientos señalados en el Decreto 3990 de 2007, en aras de obtener el pago de los servicios prestados a la demandada, presentando las facturas oportunamente y contestando las glosas; sosteniendo además que éstas fueron aceptadas por la aseguradora al guardar silencio sobre las mismas, lo cual ha llevado a mantener una comunicación constante sobre el monto de la deuda y una respuesta positiva de la aquella para su pago.

3.- Sentencia de primera instancia.

El Juzgado a quo concluyó que aunque en principio las pretensiones de la demandante estarían llamadas a prosperar, finalmente no se corroboró la interrupción de la prescripción, pues la única probanza al respecto fue el oficio de 23 de noviembre de 2009, emitido por la entidad demandada, sin que en aquel se pueda verificar el reconocimiento de la deuda, y que aunque fuere de esa manera, inexorablemente habrían transcurrido más de dos años a partir de dicha data hasta la presentación de la demanda.

10.- Apelación.

10.1.- La parte demandante, formuló recurso de apelación contra la sentencia de primer grado, el cual fue sustentado en sede de segunda instancia de la siguiente manera: **(i)** El artículo 1081 del Código de Comercio, utilizado como fundamento normativo de la decisión de primera instancia, es norma expresa para los contratos de seguro, y se aplican para las partes que comprenden ese contrato, no para terceros como las instituciones prestadoras de salud, para los que la regulación aplicable es la prevista para el sistema de seguridad social en salud. **(ii)** El decreto 4747 de 2007 establece las pautas a seguir, los términos para el pago e incluso el reconocimiento de los intereses de mora, para la obtención del pago de las cuentas de servicios de salud. **(iii)** El Hospital Infantil Los Ángeles, prestó de forma integral los servicios requeridos por los niños que ingresaron a aquel con ocasión de accidentes de tránsito. **(iv)** El trámite propuesto es el de un proceso ordinario por enriquecimiento sin causa, por lo cual el parámetro para iniciar el proceso es en pos de que se declare la existencia de la obligación a cargo de la demandada se extiende hasta los 10 años, término este que no se ha agotado. **(v)** Sostuvo que el juzgado de

primera instancia no tuvo en cuenta para efecto de determinar la interrupción de la prescripción, la totalidad de las comunicaciones efectuadas entre los dos extremos de la controversia, ni las actas de conciliación de auditoría médica, siendo tarea del juzgador valorar las pruebas en conjunto.

10.2.- El extremo pasivo de la controversia replicó los fundamentos de la alzada, argumentando que en ésta no se indicaron los errores en los que incurrió el juzgado de primera instancia, al igual que no precisó las pruebas que se dejaron de valorar, o las que valoradas no se les dio el alcance debido. Desde otra perspectiva señaló que se encuentra acreditada la prescripción ordinaria que operó respecto de las obligaciones cuya declaratoria se reclama, a lo cual agregó que no existe prueba de que la prescripción hubiere sido interrumpida.

Acaecida de esta manera la actuación procesal surtida, procede la Sala a resolver lo pertinente previas las siguientes,

II. CONSIDERACIONES.-

1.- Comentario inicial.

A manera de introducción recuerda la Sala, que el artículo 40 de la ley 153 de 1887, modificado por el artículo 624 del Código General del Proceso, prevé que las leyes adjetivas prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deban empezar a regir; sin embargo, precisa que los recursos interpuestos deben tramitarse por la norma vigente en la fecha en que aquellos fueron propuestos, razón por la cual el trámite del presente recurso ha venido surtiéndose por la vía establecida en el C.P.C.

2.- Problema jurídico.

Como consideración previa a determinar el problema jurídico que estudiará la Sala, revisado el escrito de impugnación de las decisiones de primera instancia, se observa que el a quo, resolvió favorablemente al apelante el tema de la procedencia de la acción ordinaria (que no de la de enriquecimiento sin causa¹), así como el de la existencia de la obligación de pagar los dineros reclamados en vía ordinaria, por concepto de los servicios prestados por la entidad hospitalaria demandante. Por tanto siendo esos dos aspectos resueltos a favor de la parte actora, no resulta jurídicamente procedente que se retome su discusión en segunda instancia ya que el recurso de apelación solo puede referirse a los aspectos que fueron desfavorables al apelante único, tal y como lo señala el inciso primero del artículo 357 del C.P.C.², de allí que esta Corporación abordará exclusivamente el tema de la prescripción del derecho reclamado y la eventual interrupción del mismo.

En este escenario para proceder a realizar un adecuado estudio de la propuesta impugnatoria elevada por el apoderado judicial de la parte demandante, a la luz de la normatividad y la jurisprudencia aplicable al caso, estima esta Sala de Decisión importante formularse el siguiente problema jurídico:

¿La prescripción ordinaria a la que alude el artículo 1081 del Código de Comercio, puede desplegar su efecto extintivo en relación con las obligaciones cuyo pago se pretende por la demandante?

Claramente para absolver el interrogante que se ha planteado la Sala, se procederá a evocar sucintamente las generalidades del contrato de seguro, de la regulación positiva del seguro de daños corporales de víctimas de accidentes de tránsito, y finalmente abordar las particularidades del caso concreto.

¹ Dicho aspecto no fue propuesto en la pretensión del libelo de demanda, el cual no fue objeto de reforma o modificación alguna, por ende no era procedente su estudio.

² "La apelación se entiende interpuesta en lo desfavorable al apelante, y por lo tanto el superior no podrá enmendar la providencia en la parte que no fue objeto del recurso, salvo que en razón de la reforma fuere indispensable hacer modificaciones sobre puntos íntimamente relacionados con aquélla. Sin embargo, cuando ambas partes hayan apelado o la que no apeló hubiere adherido al recurso, el superior resolverá sin limitaciones."

3.- Contrato de seguro.

3.1.- Recordemos inicialmente que el contrato de seguro ha sido calificado por la legislación mercantil como consensual, bilateral, oneroso, aleatorio y de ejecución sucesiva (art. 1036 del código de Comercio), a través del cual el tomador traslada un determinado riesgo, a una persona jurídica profesional y autorizada para el efecto, quien asume el mismo con ocasión a una contraprestación (art.1037, 1066 ibídem); precisamente el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria en su especialidad civil, ha caracterizado la mencionada convención en los siguientes términos:

"(...) [L]os seguros, en general, sirven para la importante finalidad de trasladar el efecto económico de los riesgos, para cuyo propósito una entidad especializada, profesional en estas materias, en atención al pago de una prima, asume los riesgos que inquietan o preocupan al tomador y le otorga la seguridad de que, en su momento, lo indemnizará o compensará por las consecuencias adversas que para él o para un tercero se hayan producido al acaecer un evento que era incierto en la época en la que se contrató la respectiva cobertura.

Dentro del contexto mencionado, la legislación patria regula el contrato de seguro, destacando su carácter de negocio jurídico "consensual, bilateral, oneroso, aleatorio y de ejecución continuada" (Art. 1036 del C. de Co., mod., art. 1º de la Ley 389 de 1997), al paso que consagra sus elementos esenciales, como son el interés asegurable, el riesgo asegurable, la prima del seguro, y la obligación condicional del asegurador, con las consecuencias que en esta materia se producen respecto de la eficacia del contrato, de faltar alguno de ellos.

*Con el fundamento normativo antes descrito, la Jurisprudencia civil ha señalado que el seguro es un contrato "por virtud del cual una persona –el asegurador– se obliga a cambio de una prestación pecuniaria cierta que se denomina 'prima', dentro de los límites pactados y ante la ocurrencia de un acontecimiento incierto cuyo riesgo ha sido objeto de cobertura, a indemnizar al 'asegurado' los daños sufridos o, dado el caso, a satisfacer un capital o una renta, según se trate de seguros respecto de intereses sobre cosas, sobre derechos o sobre el patrimonio mismo, supuestos en que se les llama de 'daños' o de 'indemnización efectiva', o bien de seguros sobre las personas cuya función, como se sabe, es la previsión, la capitalización y el ahorro" (Cas. Civ. 24 de enero de 1994, S-002-94, exp. 4045, CCXXVIII, 2467, pág. 30; 22 de julio de 1999, S-026-99, exp. 5065; reiterada recientemente en sentencia de casación civil del 27 de agosto de 2008, exp. 14171)."*³

En ese contexto es oportuno comentar que la legislación patria exige para que el negocio jurídico en comento produzca efectos, concurren los siguientes elementos: **(i)** interés asegurable, **(ii)** el riesgo asegurable, **(iii)** la prima o el precio del seguro, y **(iv)** la obligación condicional del asegurador. Empero anudado a lo anterior debe tenerse en cuenta que *"(...) la Corte ha deducido como requisito ineludible para la plena eficacia de cualquier póliza de seguros, la individualización de los riesgos que el asegurador toma sobre sí (CLVIII, pág. 176), y ha extraído, con soporte en el artículo 1056 del Código de Comercio, la vigencia en nuestro ordenamiento 'de un principio común aplicable a toda clase de seguros de daños y de personas, en virtud del cual se otorga al asegurador la facultad de asumir, a su arbitrio pero teniendo en cuenta las restricciones legales, todos o algunos de los riesgos a que están expuestos el interés o la cosa asegurados, el patrimonio o la persona del asegurado' (cas. civ. 24 de mayo de 2005, SC-089-2005 [7495])"*⁴

3.2.- Ahora bien, dentro del asunto sub judice se pretende por el Hospital Infantil los Ángeles, se declare que La Previsora S.A., tiene la obligación de pagar a su favor los servicios médicos hospitalarios que fueron prestados a favor de las víctimas de accidente de tránsito reseñadas en el libelo introductorio, razón por la cual resulte pertinente comentar los supuestos normativos llamados a gobernar aquella relación jurídico sustancial.

³ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN CIVIL. Sentencia de 19 de diciembre de 2008. M.P. ARTURO SOLARTE RODRÍGUEZ. REF.: 11001-3103-012-2000-00075-01

⁴ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA DE CASACIÓN CIVIL. Sentencia de 5 de julio de 2012. MP. FERNANDO GIRALDO GUTIÉRREZ. Ref.: 0500131030082005-00425-01

Precisamente el Decreto 663 de 1993, por medio del cual se actualiza el estatuto financiero, dispone en su artículo 192 que todo automotor que transite por el territorio colombiano, debe estar amparado por un seguro obligatorio vigente que cubra los daños corporales que se causen a las personas en accidentes de tránsito, cuyos objetivos son: "(...) a. Cubrir la muerte o los daños corporales físicos causados a las personas; **los gastos que se deban sufragar por atención médica**, quirúrgica, farmacéutica, hospitalaria, incapacidad permanente; los gastos funerarios y los ocasionados por el transporte de las víctimas a las entidades del sector salud; (...) b. La atención de todas las víctimas de los accidentes de tránsito, incluso las de causados por vehículos automotores no asegurados o no identificados, comprendiendo al conductor del vehículo respectivo; c. (...) Contribuir al fortalecimiento de la infraestructura de urgencias del sistema nacional de salud, y (...) d. La profundización y difusión del seguro mediante la operación del sistema de seguro obligatorio de accidentes de tránsito por entidades aseguradoras que atiendan de manera responsable y oportuna sus obligaciones."⁵

Igualmente prescribe la Ley que la póliza respectiva debe incluir como cobertura (art. 193 núm. 2) los gastos médicos, quirúrgicos, farmacéuticos y hospitalarios por lesiones, la incapacidad permanente, la muerte y gastos funerarios de la víctima como consecuencia del accidente, siempre y cuando ocurra dentro del año siguiente a la fecha de éste, y gastos de transporte y movilización de las víctimas a los establecimientos hospitalarios o clínicos y las entidades de seguridad y previsión social de los subsectores oficial y privado del sector salud.

Puntualmente, para lo que le interesa al litigio, nótese que el artículo 195 del mencionado estatuto prevé que "(...) los establecimientos hospitalarios o clínicos y las entidades de seguridad y previsión social de los subsectores oficial y privado del sector salud están **obligados** a prestar la atención médica, quirúrgica, farmacéutica u hospitalaria por daños corporales causados a las personas en accidentes de tránsito."⁶, so pena de que se apliquen sanciones institucionales para aquellas, o personales a los responsables del incumplimiento en la atención obligatoria de víctimas; empero a las claras el ordenamiento jurídico creó la posibilidad directa de que tales entidades puedan acudir al aparato jurisdiccional, para reclamar los gastos en los que hubiere incurrido para cumplir con dicho mandato legal, frente a la aseguradora que emitiera la respectiva póliza, en efecto el artículo 195 ejusdem dice en lo pertinente lo siguiente:

"4. Acción para reclamar. Los establecimientos hospitalarios o clínicos y las entidades de seguridad y previsión social de los subsectores oficial y privado que presten la atención médica, quirúrgica, farmacéutica u hospitalaria por daños corporales causados a las personas en accidentes de tránsito, o quien hubiere cancelado su valor, así como quien hubiere incurrido en los gastos del transporte de las víctimas, serán titulares de la acción para presentar la correspondiente reclamación a las entidades aseguradoras.

Una vez se entregue la reclamación, acompañada de las pruebas del accidente y de los daños corporales; de su cuantía, si fuere necesario, y de la calidad de causahabiente, en su caso, las **entidades aseguradoras pagarán la indemnización dentro del mes siguiente a la fecha en que el asegurado o beneficiario acredite**, aún extrajudicialmente, su derecho ante el asegurador, de acuerdo con el artículo 1077 del Código de Comercio. Vencido este plazo, el asegurador reconocerá y pagará al asegurado o beneficiario, además de la obligación a su cargo y sobre el importe de ella, la tasa de interés prevista en el artículo 83 de la Ley 45 de 1990.

5. <Numeral adicionado por el artículo 244, numeral 5 de la Ley 100 de 1993. El texto es el siguiente:> Las compañías aseguradoras que incurran en conductas tendientes a dilatar injustificadamente el pago de la indemnización de que trata el presente artículo se verán abocadas a las sanciones de carácter pecuniario que para el efecto establezca el Gobierno Nacional sin perjuicio de las demás previstas en la Ley.

⁵ Numeral 2 del artículo 192 del Decreto 663 de 1993 (Negrilla fuera de texto)

⁶ Negrilla fuera de texto

6. <Numeral 6. adicionado por el artículo 244, numeral 6 de la Ley 100 de 1993. El texto es el siguiente:> **Cuando las compañías aseguradoras encuentren que existen serios motivos de objeción a la reclamación que presenten las entidades clínicas hospitalarias, deberán poner en conocimiento del reclamante tales objeciones, dentro del término previsto para el pago de la indemnización.** No obstante, deberá en todo caso la aseguradora pagar como anticipo imputable a la indemnización, una suma equivalente al porcentaje que reglamente el Gobierno Nacional, siempre que la reclamación se haya presentado de conformidad con lo dispuesto en las normas que la regulan.”⁷

Como se puede apreciar, los enunciados normativos transcritos le asignan la calidad de beneficiarios de la póliza a las entidades que presten los servicios médicos asistenciales a las víctimas de accidentes de tránsito, en virtud de la existencia del seguro obligatorio de accidentes de tránsito, para que obtengan el pago de su acreencia dentro de los términos allí señalados a través de la respectiva reclamación, y desde luego les concede acción para obtener lo propio por vía judicial. Ello en consonancia con el primero de los objetivos legales del seguro de daños, cual es cubrir los gastos que se deban sufragar por atención médica, quirúrgica, farmacéutica y hospitalaria⁸.

Ahora, es pertinente analizar cuál es el término de prescripción extintiva que ha de aplicarse respecto de los derechos emanados de tal relación jurídica.

Precisamente el numeral 4 del artículo 192 del Estatuto Orgánico Financiero, nos permite arribar a la respuesta de tal interrogante, como quiera que establece que “[e]n lo no previsto en el presente capítulo el seguro obligatorio de accidentes de tránsito se regirá por las normas que regulan el contrato de seguro terrestre en el Código de Comercio y por este Estatuto.”

Uno de los temas que no encuentra regulación en la mencionada reglamentación es precisamente la prescripción extintiva, por lo que gracias a la remisión normativa, la legislación aplicable para ello es la prevista para el contrato de seguro terrestre (artículo 1081 del Código de Comercio.)

Ahora, sobre la institución de la prescripción –ordinaria y extraordinaria- señalada en el artículo 1081 de la ley mercantil colombiana, esta Judicatura se permite citar in extenso, lo expuesto por la Corte Suprema de Justicia, así:

“2.- En torno de la genuina interpretación del artículo 1081 del Código de Comercio esta Sala de la Corte tuvo oportunidad de pronunciarse de manera reciente, en sentencia de 3 de mayo de 2000. Al respecto, en síntesis, destacó, lo primero, la peculiaridad del régimen bifronte adoptado por el legislador colombiano en dicha norma, como quiera que al prever la extinción de las acciones derivadas del contrato de seguro o de las normas que lo regulan ya sea por prescripción ordinaria, ora por extraordinaria, se apartó del tratamiento que a la misma materia dan las normas civiles y el derecho positivo de otras naciones, y, tras analizar los antecedentes que precedieron su expedición, estableció que fueron “Razones de indiscutible equidad, que tienen manantial en la seguridad jurídica” las que inspiraron tal reforma, pues por encima de los intereses privados de los intervinientes en el contrato de seguro, que bien pueden verse afectados con la aplicación de una u otra forma de prescripción, se imponía salvaguardar intereses superiores, como son “dotar de certeza las relaciones contractuales” y preservar así el “orden y la paz sociales”.

Ya en punto de las características de cada una de esas clases de prescripción extintiva señaló, que la ordinaria es de “estirpe subjetiva” en tanto que la extraordinaria es de “naturaleza típicamente objetiva”, precisando luego, que tales “calidades...se reflejan, de una parte, en los destinatarios de la figura sub examine: determinadas personas -excluidos los incapaces- y ‘toda clase de personas’ -incluidos éstos-, respectivamente, y, de la otra, en el vengero prescriptivo”. Seguidamente puntualizó, “cómo en punto al inicio del referido decurso, se tiene establecido que la ordinaria correrá desde que se haya producido el conocimiento real o presunto del hecho que da base a la acción (el siniestro, el

⁷ Negrilla fuera de texto

⁸ Literal A, Numeral 2 del artículo 192 del Decreto 663 de 1993 (Negrilla fuera de texto)

impago de la prima, el incumplimiento de la garantía, la floración -eficaz- de la reticencia o de la inexactitud en la declaración del estado de riesgo, etc.), al paso que la extraordinaria, justamente por ser objetiva, correrá sin consideración alguna al precitado conocimiento. De allí que expirado el lustro, indefectiblemente, irrumpirán los efectos extintivos o letales inherentes a la prescripción en comento".

Enfatizó la Corte, que la distinción entre una y otra especie de prescripción está radicada en la ya anotada naturaleza que las caracteriza (objetiva y subjetiva) y, por ende, en la persona destinataria (determinadas personas o todas las personas) y en el momento a partir del cual corren los términos previstos para su operancia, pues "los dos años de la prescripción ordinaria corren para todas las personas capaces, a partir del momento en que conocen real o presuntamente del hecho que da base a la acción, por lo cual dicho término se suspende en relación con los incapaces (artículo 2541 C.C.), y no corre contra quien no han conocido ni podido o debido conocer aquél hecho; mientras que los cinco años de la prescripción extraordinaria corren sin solución de continuidad, desde el momento en que nace el respectivo derecho, contra las personas capaces e incapaces, con total prescindencia del conocimiento de ese hecho,...., y siempre que, al menos teóricamente, no se haya consumado antes la prescripción ordinaria".

Apoyada en su sentencia de 7 de julio de 1977, la Sala ha insistido, de un lado, en el diferente significado que frente a un caso concreto pueden adquirir las expresiones utilizadas por la norma de "tener conocimiento del hecho que da base a la acción" (inciso 2º) y "desde el momento en que nace el respectivo derecho" (inciso 3º) y, de otro, en que ante la variedad de acciones que se desprenden del contrato de seguro o de la normatividad que lo disciplina, no puede partirse de un mismo momento en todos los casos para la contabilización del término prescriptivo, pues será el hecho generador de la acción intentada o el derecho que se pretenda, el que guíe la definición del momento en que se inicie la contabilización de los dos o cinco años que se requieren para la materialización de la prescripción ordinaria o extraordinaria.

Dijo la Corte: "Para determinar cabalmente el cómputo de estos términos, es preciso tener en cuenta la diversidad de acciones que surgen 'del contrato de seguro o de las disposiciones que lo rigen', pues obviamente el artículo 1081 del C. de Co. no está diseñado ni se agota exclusivamente frente a la indemnizatoria -o la encaminada a exigir la prestación asegurada- en manos del beneficiario del seguro, cuestión que obliga, en el marco de una cabal hermenéutica de ese precepto, a establecer en cada caso concreto la naturaleza de la prestación reclamada, pues ésta ha de determinar a su turno cuál 'ES EL HECHO QUE DA BASE A LA ACCION' (tratándose de la prescripción ordinaria) y en qué momento 'NACE EL RESPECTIVO DERECHO' (cuando se invoque la prescripción extraordinaria); desde luego que esas acciones no siempre tienen su origen en un solo hecho o acontecimiento, pues éste varía conforme al interés de su respectivo titular (tomador, asegurado, beneficiario, o asegurador), y tampoco tienen siempre su fuente en el contrato mismo de seguro, sino algunas veces en la ley, como acontece con las acciones y las excepciones de nulidad relativa, la devolución de la prima, etc. Lo anterior, es claro, sin perjuicio del régimen prescriptivo establecido en el artículo 1131 del C. de Co. para el seguro de responsabilidad civil, en el que la prescripción corre frente al asegurado a partir del momento de la petición indemnizatoria, (judicial o extrajudicial), que efectúe la víctima, y, respecto de ésta, desde 'el momento en que acaezca el hecho externo imputable al asegurado', según lo esclareció el legislador del año 1.990 (art. 86, Ley 45)...Así, el momento en que el interesado haya tenido o debido tener conocimiento del hecho que da base a la acción (prescripción ordinaria), será distinto en cada caso concreto, según sea el tipo de acción a intentar, y quién su titular, y otro tanto es pertinente predicar del 'momento en que NACE EL RESPECTIVO DERECHO', cuando se trate de la prescripción extraordinaria, pues en ésta ese momento tampoco es uno mismo para todos los casos, sino que está dado por el interés que mueve a su respectivo titular".

3.- Para los fines de la acusación que se analiza, pertinente es insistir en que las dos clases de prescripción consagradas en el artículo 1081 del Código de Comercio se diferencian por su naturaleza: subjetiva, la primera, y objetiva, la segunda; por sus destinatarios: quienes siendo legalmente capaces conocieron o debieron conocer el hecho base de la acción, la ordinaria, y todas las personas, incluidos los incapaces, la extraordinaria; por el momento a partir del cual empieza a correr el término de cada una: en el

misimo orden, desde cuando el interesado conoció o debió conocer el hecho base de la acción y desde cuando nace el correspondiente derecho; y por el término necesario para su configuración: dos y cinco años, respectivamente.

Síguese de lo anterior que, por tanto, no es elemento que sirva para distinguir esas dos especies de prescripción, que una y otra se apliquen sólo a ciertas acciones derivadas del contrato de seguro o de las normas que lo regulan, esto es, que la prescripción ordinaria cobre vigencia únicamente en relación con determinadas acciones y que la extraordinaria, a su paso, tenga cabida frente a otras. Como con claridad suficiente lo consagra el inciso 1º del precepto que se analiza, "La prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro o de las disposiciones que lo rigen...", de todas ellas por igual, reitera la Corte "podrá ser ordinaria y extraordinaria". Cabe afirmar, entonces, que todas las acciones de que se trata son susceptibles de extinguirse ya sea por prescripción ordinaria, ora por prescripción extraordinaria, y que, por tanto, la aplicación de una y otra de esas formas de prescripción extintiva depende de la persona que ejerza la respectiva acción o intente la efectividad de algún derecho y de la posición que ella tenga en relación, precisamente, con el hecho que motive la acción o con el derecho que persigue."⁹

Ahora bien, cabe observar que en el escrito que describió el traslado de las excepciones, la parte actora no discutió el tema de si le era aplicable o no a este asunto el término especial que rige para el contrato de seguros de daños, contrario a lo supuestos de la sustentación de la apelación, en los que se aparta del tema litigioso tal y como fue entendido por las partes, y afirma que por tratarse de una acción ordinaria es aplicable el término de prescripción de diez años, porque aquí a diferencia de allá considera no ser parte del contrato de seguro; sin embargo, en aras de hacer claridad sobre el punto, esta Corporación asumirá el estudio del caso, delimitado de la manera como se refirió en apartes anteriores.

Por ello, conforme a los parámetros jurisprudenciales expuestos, esta Corporación puede concluir que ciertamente a partir del momento en que el Hospital Infantil Los Ángeles, conoció de los siniestros amparados por los seguros de daños corporales, y le impuso por contera la obligación de prestar los servicios médicos, asistenciales y hospitalarios, comenzó a correr el término de la prescripción ordinaria prevista en el artículo 1081 del Código de Comercio, pues a partir de allí se fueron generando las facturas con sus correspondientes soportes, que por tales servicios sirvieron al actor para sustentar el cobro a la aseguradora.

Desde otra perspectiva, es oportuno comentar que el apoderado judicial de la parte recurrente endilga un error *iuris in iudicando* respecto de la decisión de primera instancia, porque a su criterio la disposición normativa sustancial atrás citada no era la llamada a regular el caso en estudio. Sin embargo, tal y como se señaló en líneas anteriores, el artículo 1081 del C. de Co., se aplica en virtud del principio de la especialidad, derivado precisamente del reenvío normativo de la regulación del seguro obligatorio de daños corporales en accidentes de tránsito (núm. 4 art. 192 Decreto 663 de 1993) a la normatividad que disciplina el seguro terrestre.

De esa manera esta Sala deduce que el artículo 1081 del Código de Comercio, puede desplegar sus efectos jurídicos extintivos, y de esa manera enervar el cobro por vía judicial de los dineros que invirtió la demandante para la prestación de los servicios requeridos por las víctimas de accidentes de tránsito en el periodo comprendido entre el 22 de julio de 2005 y el 4 de diciembre de 2009, con ocasión a los seguros obligatorios correspondientes

No olvidemos que el Decreto 4747 de 2007, invocado por el extremo recurrente tiene por objeto "(...) regular algunos aspectos de la relación entre los prestadores de servicios de salud y las entidades responsables del pago de los servicios de salud de la población a su cargo."¹⁰; y oteado el mismo se puede apreciar el procedimiento que de ordinario debe seguirse para el pago de los servicios de salud por parte de quien tiene la obligación legal de cancelarlos.

⁹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA DE CASACION CIVIL. Sentencia de 19 de febrero de 2002. M.P NICOLAS BECHARA SIMANCAS. Referencia: Expediente No. 6011, reiterada en sentencia 4 de abril de 2013 de M.P FERNANDO GIRALDO GUTIÉRREZ, Ref.: 0500131030012004-00457-01

¹⁰ Artículo 1 Decreto 4747 de 2007.

Digamos entonces que en virtud del principio de coherencia del ordenamiento jurídico, el mencionado Decreto no puede entenderse como una disposición autónoma para el cobro de los dineros por la prestadora de salud, a la aseguradora que asumiere el riesgo de los perjuicios derivados de un accidente de tránsito, pues por el contrario, debe leerse de forma sistemática, entendiendo que este no pugna con las características esbozadas con anterioridad respecto del contrato de seguro en general, y en particular con el seguro obligatorio del que se hace mención en esta oportunidad, sino que se articula y complementa con él.

3.3.- Como ha quedado enunciado, para la fecha de la presentación de la demanda la prescripción ordinaria del artículo 1081 del C. de Co, ya habría operado; sin embargo, el apelante censura la decisión del juez respecto de la valoración de las pruebas recabadas en primera instancia, como quiera que afirma que ellas dan cuenta de que el término extintivo fue interrumpido naturalmente.

Sobre la institución jurídica aludida reconocemos que tiene regulación positiva en los artículos 2535 a 2545 del Código Civil, disponiendo en forma general que el transcurso del tiempo durante el cual no se haya ejercido el derecho o la acción origina la extinción de uno y otro, cuyo objetivo es consolidar situaciones concretas y generar por contera seguridad jurídica a los asociados, por ello la doctrina ha mencionado que “[l]a prescripción extintiva no solo juega el papel de instrumento de prueba del cumplimiento de las obligaciones, sino que además tiene por finalidad sanear las situaciones contractuales irregulares. Así las nulidades, por regla general, se sanear por el transcurso del tiempo, y lo mismo las demás acciones (de simulación, de fraude pauliano, la condición resolutoria, etc.)”¹¹

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado de la siguiente manera:

“2. Como la prescripción legalmente está concebida como un modo de adquirir las cosas ajenas, o de extinguir las acciones o derechos de los demás, de entrada queda averiguada su finalidad, que no es otra que la de consolidar situaciones jurídicas concretas, en consideración al transcurso del tiempo. En relación con la prescripción extintiva o liberatoria, que es la que viene al caso, la regla general es que el plazo fijado en la ley debe computarse a partir de cuando podía ejercitarse la acción o el derecho. Sin embargo, antes de completarse el término legal de la prescripción puede verse afectado por los fenómenos jurídicos de la interrupción natural o civil, y de la suspensión.

Lo primero acaece, en el caso de la interrupción natural, cuando el deudor, en un acto voluntario e inequívoco, reconoce tácita o expresamente la obligación, o, si se trata de la civil, en virtud de demanda judicial (artículo 2539 del Código Civil), siempre que se reúnan los requisitos establecidos en las normas procesales para ese efecto (artículo 90 del Código de Procedimiento Civil). Lo segundo, cuando se impide el computo del término en favor de ciertas personas que merecen una protección especial (menores, dementes, sordomudos y quienes estén bajo patria potestad, tutela o curaduría), en tanto perdure la causa de la suspensión (artículo 2541, ibídem). Empero, ambos fenómenos exigen como elemento común, que el término de la prescripción no se hubiere completado, pero difieren en cuanto a sus efectos. Así, la interrupción borra el tiempo transcurrido y la suspensión impide contarle durante el tiempo de la incapacidad, para tener únicamente como útil el corrido antes de la suspensión, si alguno hubo, y el transcurrido luego de haber cesado la causa que la motivaba, hasta extinguirse.”¹²

Ahora bien, recordemos que por prescripción de corto tiempo “(...) se denominan a todas aquellas prescripciones que no se rigen por el artículo 2536 sino por otros textos legales, y, además, por plazos más cortos”¹³, en estos términos colige la Corporación que la interrupción de la prescripción ordinaria alegada en el sub lite, puede acontecer desde el reconocimiento del deudor de la obligación, expresamente o por conducta concluyente o también desde que intervino requerimiento (art. 2544 Código Civil).

¹¹ VALENCIA ZEA ARTURO, ORTIZ MONSALVE ÁLVARO, Derecho Civil Tomo III, De las obligaciones. Décima edición. Editorial Temis. Pág.: 546

¹² CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACION CIVIL. Sentencia de 3 de mayo de 2002. M.P. JOSE FERNANDO RAMÍREZ. Referencia: Expediente No. 6153

¹³ Ibídem. Pág. 547

Luego, hay que determinar si los medios de convicción obrantes en el haz probatorio en primera medida podían ser objeto de evaluación judicial, para posteriormente acometer el estudio de aquellos elementos acopiados, definiendo su valor persuasivo.

En primer término, es pertinente indicar que el legislador patrio supeditó la valoración probatoria de los elementos de convicción, a que los mismos hubieren arribado al plenario dentro de las oportunidades procesales pertinentes, verbi gracia, a través de los principales actos de postulación de las partes, demanda, contestación a la demanda, pronunciamiento sobre excepciones perentorias, entre otras.

En efecto, el maestro Hernando Devis Echandia, precisa las oportunidades procesales con las que cuentan las partes en materia probatoria, en los siguientes términos: *"(...) se trata de una formalidad de tiempo y oportunidad para su práctica y se relaciona con los de contradicción y lealtad; con él se persigue impedir que se sorprenda al adversario con pruebas de último momento, que no alcance a controvertir, o que se propongan cuestiones sobre las cuales no pueda ejercitar su defensa. Es una de las aplicaciones del principio general de la preclusión en el proceso, también denominado de la eventualidad, indispensable para darle orden y disminuir los inconvenientes del sistema escrito. (...) La preclusión probatoria se relaciona con la carga de la prueba, en cuanto impone a la parte interesada en suministrarla, la necesidad de hacerlo en la etapa pertinente del proceso y en nada afecta a quien no necesitaba aducir pruebas distintas de las ya existentes (...) "*¹⁴, y continua más adelante el autor diciendo que *"La prueba aducida inoportunamente, así sea documental, no puede ser considerada por el juez, "so pena de violar el principio de que debe juzgar justa allegata et probata" según concepto de LESSONA, porque lo probado se entiende con las formalidades y requisitos establecidos en la ley. En cambio, si la prueba ha sido pedida y decretada en tiempo, su práctica fuera del término especial que para ellos se establezca en cada instancia no debe impedir que el juez la considere en todo su valor, porque se satisfacen los requisitos de publicidad y contradicción."*¹⁵

Con sustento en las elucubraciones precedentes, puede decir esta Corporación que se encuentra en duda que la documental aportada a folios 70 en adelante del Cuaderno 4 del expediente, hubiere sido solicitada, recaudada y sometida a contradicción de forma idónea, como quiera que aquellas piezas fueron introducidas a litigio por el auxiliar de la justicia que fuere designado en primera instancia.

En efecto, si bien en principio pudiera la Sala considerar que dichos documentos, que se encontraban en poder de la parte demandante, no se aportaron por aquel extremo de la controversia en el libelo introductorio así como tampoco en el memorial a través del cual recorrió el traslado de las excepciones de mérito, es lo cierto que el artículo 242 del Código de Procedimiento Civil dispone de forma clara que ***"Las partes tienen el deber de colaborar con los peritos, de facilitarles los datos, las cosas y el acceso a los lugares que ellos consideren necesarios para el desempeño de su cargo; si alguno no lo hiciere se hará constar así en el dictamen y el juez apreciará tal conducta como indicio en su contra, sin perjuicio de lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 39. (...) Si alguna de las partes impide la práctica del dictamen, los peritos lo informarán al juez, quien le ordenará facilitar la peritación; si no lo hiciere, la condenará a pagar honorarios a los peritos y multa de cinco a diez salarios mínimos mensuales. Tal conducta se apreciará como indicio en su contra."*** (Negrilla fuera de texto).

Fácilmente se puede apreciar de lo anterior, que las partes tienen la obligación de colaborar con los peritos, permitiéndoles tener acceso a la las cosas y datos que éste precisare para la elaboración del peritaje; se tiene entonces que los documentos atrás reseñados fueron conseguidos por el auxiliar de la justicia en esa labor, pues de forma expresa deja constancia de haber efectuado trabajo de campo en el Hospital Infantil los Ángeles, obteniéndose entre otros documentos los que relacionó como anexos (folios 34-35 Cuaderno 4).

Agréguese a lo anterior, que ciertamente la petición probatoria efectuada por el demandante se dirigió específicamente a que con intermediación de perito se examinen los documentos que se encuentran en los archivos de la entidad demandante, con el fin de constatar la prestación del servicio de salud (fl. 6 C. Ppal 01), mientras que en auto de 24 de abril de 2013, la a quo accedió al decreto de la experticia para que *"(...) verifique a través del estudio de las historias clínicas y documentos relacionados con la atención médica y el monto de las atenciones*

¹⁴ Ibídem. Pág. 119-120

¹⁵ Ibídem. Pág. 339-340

*prestadas y facturadas relacionadas en la demanda, mediante las cuales se pretende constituir la obligación a cargo de la parte demandada (...)*¹⁶, y finalmente una vez elaborada la peritación, fue sometida a contradicción de las partes, sin que se hubiere propuesto inconformidad alguna al respecto.

Como se puede apreciar, el dictamen pericial no puede escindirse de los documentos que le sirvieron de base al experto para rendir el mismo, lo cual ocasiona que esta Corporación pueda proceder a la valoración de dichos elementos de convicción de forma conjunta a los demás elementos probatorios recabados en primera instancia.

Ahora, de la interlocución probada entre las empresas que integran el contradictorio, lo primero que puede observar este Tribunal es que el Hospital Infantil los Ángeles, remitió a la aseguradora demandada, sendas facturas de los servicios médicos prestados, de las cuales tienen constancia de recibido por esta última aquellas que reposan a folios 147, 152, 162, 168, 174, 200, 231, 249, 260, 267, 274, 284, 300, 323, 333, 352, 359, 364, 376, 391, 406, 439, 460, 480, 490, 499, 504, 524, 531, y 542 del cuaderno principal (dividido en 3 partes), en las cuales se ha dejado constancia, en su mayoría, que el **"EL RECIBIDO PARA ESTUDIO NO IMPLICA ACEPTACIÓN"**.

Por otra parte, yace en el plenario, a folios 205 en adelante del cuaderno 4 del expediente, los oficios a través de los cuales LA PREVISORA, por intermedio del Gerente de Sucursal, y el Auditor Médico adscrito a Beneficios LTDA AGS Colombia, procedió a realizar la revisión integral de las cuentas médicas generadas por concepto de atención a pacientes con cargo a las pólizas SOAT, efectuando observaciones a rubros específicos, entre cuyas objeciones se pueden encontrar las siguientes anotaciones: **(i)** doble facturación pactada por mismo paciente e igual evento, **(ii)** valor excede tarifa pactada, **(iii)** soportes incompletos, **(iv)** los soportes clínicos no se justifican el tipo de estancia facturado, **(v)** incongruencia entre los días de estancia soportados y los días facturados, **(vi)** no soporta las tarifas oficiales de la entidad para transporte interinstitucional, **(vii)** el procedimiento cobrado no está soportado **(viii)**, actividad no pertinente para el diagnóstico del paciente según soportes anexos, **(ix)** no se presenta codificación de los servicios facturados de acuerdo a las normas vigentes, **(x)** atención facturada no corresponde a evento derivado de accidente de tránsito, **(xi)** actividad no pertinente para el diagnóstico del paciente según soportes clínico, entre muchas otras.

A su turno, es posible verificar en el plenario que el Hospital Infantil Los Ángeles, a través de su Departamento de Cartera, remitió a La Previsora S.A. varios oficios por medio de los cuales precisaba el estado de cuenta, solicitaba cita para la conciliación de cartera y se pedía la designación de auditor médico (folios 649-697 C. Principal 03).

Los documentos hasta aquí relacionados dan cuenta acerca de las actuaciones del extremo activo de la lid en aras de alcanzar el pago de los derechos personales de los cuales se reputaba titular. Sin embargo, los mismos no permiten inferir que de forma tácita o expresa la aseguradora demandada hubiere reconocido las obligaciones a su cargo, habida consideración que los pronunciamientos que ésta emitiere en su oportunidad fueron expresamente dirigidos refutar los cobros que a ella se efectuaba, por los motivos ya citados y respecto de determinadas sumas de dinero.

Luego, yace en el haz probatorio el memorial calendado a 22 de diciembre de 2009 (folio 648 C. Principal 03), mediante el cual la sociedad anónima demandada, atendiendo al oficio de 23 de noviembre de 2009, colocaba a disposición de la demandante sus archivos en cuanto a accidentes de tránsito se refiere, con lo que abrió la discusión sobre la cuantificación de la obligación significando ello un eventual reconocimiento de su obligación de pagar los servicios prestados por la entidad hospitalaria, pero supeditándolo a la determinación de su monto, por lo que dicha actitud supondría la interrupción del fenómeno prescriptivo, empero, el término de prescripción principiaría a correr nuevamente a partir de la data en que ese pronunciamiento se puso en conocimiento de la empresa demandante (22 de diciembre de 2009), respecto de los créditos en los cuales la prescripción extintiva no se hubiere consolidado, lo cual provocaría que aun a pesar de ello, el mencionado fenómeno extintivo hubiere ocurrido inexorablemente, teniendo en cuenta que transcurrieron más de dos años a partir de aquel hecho hasta la presentación del libelo de postulación (17 de febrero de 2012).

¹⁶ Folios 1 y 2 cuaderno No. 4.

Finalmente los testimonios recaudados, no nos brindan mayor información acerca de la interrupción de la prescripción alegada por la parte demandante, ya que de forma general relatan el procedimiento que de ordinario se adelanta por el Hospital para el recobro de los dineros invertidos en la prestación de servicios médicos a víctimas de accidentes de tránsito por cuenta de determinado seguro. Bajo ese panorama valga comentar que el testigo JAGC, manifestó que ante los requerimientos de la demandante, la postura de la aseguradora fue el silencio (fl. 6 C.04), mientras que el deponente MAOG, manifestó que el Hospital Infantil había efectuado el cobro constante de la deuda. Sin embargo, no da cuenta de actuación alguna de la aseguradora por medio de la cual reconociera la deuda, pues incluso manifestó que respecto de la obligación cobrada no ha habido abonos. Finalmente el declarante se permitió aportar el pantallazo de los correos electrónicos emitidos a la aseguradora, respecto de los cuales -sin perjuicio del principio de la integralidad del mensaje de datos¹⁷ - puede decir la Sala, que ellos tampoco dan cuenta de un reconocimiento implícito del crédito.

Con base en lo expuesto no encuentra sustento probatorio la interrupción de la prescripción alegada al descorrerse el traslado de las excepciones perentorias, por lo cual, hasta lo aquí, la sentencia de primera instancia permanece incólume.

3.4.- Desde otra arista de la lid, evóquese que el censor plantea en sede de segunda instancia, el argumento atinente a que dentro del asunto de la referencia lo que se busca es resarcir el enriquecimiento en la causa que arguye se produjo en su contra y a favor de la aseguradora demandada, razón por la cual el término de prescripción extintiva que debe aplicarse es la que se encuentra regulado en la legislación civil.

Sobre el punto, habrá que decir que de forma expresa en el libelo introductorio no se pretendió la declaratoria de la existencia de las obligaciones a cargo de la demandada en virtud de un enriquecimiento sin causa, habida cuenta que ese tema únicamente se vino a exteriorizar por el extremo activo de la lid, al descorrer el traslado de las excepciones de mérito planteadas por su contraparte (Fls. 645-647 del C. Ppal. 3), y no se efectuó reforma de la demanda que así lo dispusiera.

Ahora bien, recordemos que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 229 de la Constitución Política de Colombia, toda persona tiene derecho a acceder a la administración de justicia para obtener una tutela judicial efectiva; prerrogativa que se consolida a través de la formulación de demanda como acto introductorio del proceso, que delimita el campo de acción respecto del cual el juez ha de pronunciarse. En efecto, sobre la importancia de esta institución, la Corte Suprema de Justicia, se ha pronunciado en los siguientes términos:

*(...) Es precisamente "por el papel trascendental que... juega [la demanda] en el desenvolvimiento de la mentada relación, que el procedimiento civil establece una serie de exigencias que debe acatar quien ejerza el derecho de acción, las cuales, en gran parte, están dirigidas a garantizar la precisión y claridad de todo libelo, especialmente en sus súplicas y hechos, según así se advierte de los artículos 75, 76 y 77, entre otros", del Código de Procedimiento Civil; y es "por efectos de la predicada fuerza vinculante que al juez se le impone el deber, a la hora de desatar el correspondiente litigio, de adoptar el mentado acto... tal y como le fue presentado, con la sola condición que de allí aflore con resplandor el petitum y su causa petendi, es decir, que se **pronuncie sobre las pretensiones deducidas y los hechos propuestos tomándolos de la manera como allí se expresaron, y absteniéndose, por ello mismo, de resolver sobre lo que no le fue pedido y de decidir con respaldo en situaciones fácticas que no contempla**" (sentencia 162 de 11 de julio de 2005, exp.#7725)."*¹⁸ (Negrilla fuera de texto)

¹⁷ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN CIVIL. Sentencia SC11339-2015 de 27 de agosto de 2015. M.P. ARIEL SALAZAR RAMÍREZ. Radicación n° 11001-31-10-013-2011-00395-01. "La integralidad de la información tiene que ver con que el texto del documento transmitido por vía electrónica sea recibido en su integridad por el destinatario, tarea que puede cumplirse técnicamente utilizando el procedimiento conocido como 'sellamiento' del mensaje, mediante el cual aquel se condensa de forma algorítmica y acompaña al mensaje durante la transmisión, siendo recalculado al final de ella en función de las características del mensaje realmente recibido; de modo, pues, que si el mensaje recibido no es exacto al remitido, el sello recalculado no coincidirá con el original y, por tanto, así se detectará que existió un problema en la transmisión y que el destinatario no dispone del mensaje completo"

¹⁸ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN CIVIL. Sentencia de 6 de agosto de 2009. M.P. CÉSAR JULIO VALENCIA COPETE. REF.: 11001-31-03-011-1994-01268-01.

Las consideraciones precedentes, permiten a esta Corporación concluir que el enriquecimiento sin causa planteado en sede de segunda instancia, soslaya los lindes que el mismo extremo de la controversia delimitó mediante el libelo introductorio, y respecto de lo cual su contraparte no tuvo la posibilidad de plantear excepciones perentorias; sin embargo, si en gracia de discusión se interpretare el libelo introductorio en el entendido que aflora de su texto en conjunto el ejercicio de la *actio in rem* verso, de forma palmaria esta Corporación puede avizorar su improcedencia por la ausencia de uno de los requisitos que la jurisprudencia se ha encargado de fijar para el efecto.

Precisamente, la Corte ha señalado que el enriquecimiento sin causa se presenta por el desplazamiento o disminución de un patrimonio sin una causa jurídica que la respalde, a expensas de otro, exigiéndose los siguientes presupuestos que de forma concurrente deben acreditarse para la prosperidad de la pretensión basada en dicho suceso, a saber:

"En el mismo sentido, es bueno recordar que "sobre la acción de enriquecimiento sin causa o actio in rem verso, de antaño la jurisprudencia de esta Corporación ha precisado los requisitos que la estructuran, e invariablemente los ha considerado bajo la idea de que son acumulativos o concurrentes, y por lo tanto todos deben estar presentes para que esa acción pueda resultar exitosa. Tales son:

"1) Que exista un enriquecimiento, es decir, que el obligado haya obtenido una ventaja patrimonial, la cual puede ser positiva o negativa. Esto es, no sólo en el sentido de adición de algo sino también en el de evitar el menoscabo de un patrimonio".

"2) Que haya un empobrecimiento correlativo, lo cual significa que la ventaja obtenida por el enriquecido haya costado algo al empobrecido, o sea que a expensas de éste se haya efectuado el enriquecimiento. Es necesario aclarar que la ventaja del enriquecido puede derivar de la desventaja del empobrecido, o, a la inversa, la desventaja de éste derivar de la ventaja de aquél". (...)

"3) Para que el empobrecimiento sufrido por el demandante, como consecuencia del enriquecimiento del demandado, sea injusto, se requiere que el desequilibrio entre los dos patrimonios se haya producido sin causa jurídica". (...)

"4) Para que sea legitimada en la causa la acción de in rem verso, se requiere que el demandante, a fin de recuperar el bien carezca de cualquiera otra acción originada por un contrato, un cuasi-contrato, un delito, un cuasi-delito, o de las que brotan de los derechos absolutos".

"Por lo tanto, carece igualmente de la acción de in rem verso el demandante que por su hecho o por su culpa perdió cualquiera de las otras vías de derecho. El debe sufrir las consecuencias de su imprudencia o negligencia".

"5) La acción de in rem verso no procede cuando con ella se pretende soslayar una disposición imperativa de la ley" (G. J. T. XLIV, págs. 474 y 474.).

Dicha jurisprudencia ha sido reiterada en múltiples oportunidades como dan cuenta, entre otras, la Gacetas Judiciales XLVIII Pág. 130, L Pág. 40 y LXXXI Pág. 731; y en el mismo sentido pero especialmente en torno al carácter subsidiario de la acción, más recientemente en la sentencia No. 124 de 10 de diciembre de 1999 y en la sentencia de 28 de agosto de 2001, expediente 6673" (Sent. de Cas. de 7 de Junio de 2002, Exp. No. 7360)." ¹⁹

Naturalmente se insiste que uno de los presupuestos para la prosperidad de la acción de enriquecimiento sin causa es puntualmente que quien ha sufrido el empobrecimiento cuyo reparación se depreca, no cuente con acción alguna para reclamar lo propio, ya que la naturaleza subsidiaria de la acción ocasiona que si contó con ella, pero dejó perder la oportunidad de plantearla, será éste quien debe soportar las consecuencias adversas a dicha omisión.

Con basamento en las consideraciones esbozadas en líneas atrás, esta Corporación puede concluir, que ciertamente la entidad demandante contaba con acción para reclamar los dineros que hubiere invertido para atender a las víctimas de accidentes de tránsito en virtud de sendas pólizas emitidas por la demandada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 195 del Decreto 663 de 1993. Sin embargo como se ha venido esbozando, operó dentro del sub judice el fenómeno jurídico de la prescripción extintiva, y ante la ausencia de prueba de la interrupción

¹⁹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA CASACIÓN CIVIL. Sentencia de 7 de octubre de 2009. M.P. EDGARDO VILLAMIL PORTILLA. Exp. No 05360-31-03-001-2003-00164-01

de la misma, no puede ser otra la conclusión sino que la actio in rem verso, no se encuentra destinada a la prosperidad, ya que la residualidad que caracteriza a la misma no encuentra sustento fáctico en el plenario.

Con fundamento a todo lo expuesto esta Sala de Decisión procederá a confirmar la sentencia de primera instancia. Por otra parte se condenará en costas de segunda instancia a la parte demandante de acuerdo a lo dispuesto en la regla 1 del artículo 392 del C.P.C, reiterada por la regla 1 del artículo 365 del C.G.P., esto es por haberse resuelto desfavorablemente el recurso de apelación planteado, y se fijará por concepto de agencias en derecho dos salarios mínimos mensuales legales vigentes.

III.- DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PASTO**, en **SALA DE DECISIÓN CIVIL FAMILIA**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **RESUELVE:**

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia del 10 de octubre de 2014, proferida por el Juzgado Civil del Circuito de Descongestión de Pasto, dentro del proceso ordinario propuesto por HOSPITAL INFANTIL LOS ÁNGELES frente a LA PREVISORA S.A

SEGUNDO.- CONDENAR en costas a la parte demandante. **FÍJESE** por concepto de agencias en derecho la suma de dos salarios mínimos mensuales legales vigentes.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

MARCELA ADRIANA CASTILLO SILVA
Magistrada

GABRIEL GUILLERMO ORTÍZ NARVÁEZ
Magistrado

FRANKLIN TORRES CABRERA
Magistrado

RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL POR DAÑO AL MEDIO AMBIENTE – Falta de Legitimación en la Causa por Pasiva de la Aseguradora./ CONTRATO CELEBRADO EN OTRO PAÍS - Aplicación de la Ley 13 de 1905. / CONTRATO DE SEGURO: El juzgamiento de la validez y efectos jurídicos de las cláusulas contenidas en la póliza de seguros, se rige por las leyes del lugar de su suscripción – Teniendo en cuenta que la responsabilidad que los actores atribuyen a la sociedad aseguradora, se deriva de la suscripción de la póliza entre ésta y la entidad demandada, acaecida en la ciudad de Quito – Ecuador y que conforme la Ley 13 de 1905, aprobatoria del Tratado de Derecho Internacional Privado suscrito entre las Repúblicas de Colombia y Ecuador, el juzgamiento de la validez y efectos jurídicos de los contratos celebrados en otro país, debe interpretarse conforme a las leyes del lugar de suscripción, se determina, de acuerdo con las normas que rigen el contrato de seguro y de las cláusulas contenidas en la respectiva póliza, que ninguno de los demandantes, sean personas jurídicas o naturales, tienen acción directa en contra de la aseguradora, en consecuencia, ésta carece de legitimación por pasiva al interior del asunto.

RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL POR DAÑO AL MEDIO AMBIENTE POR VERTIMIENTO DE HIDROCARBUROS – Aplicación de la Ley 23 de 1973. / RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL POR DAÑO AL MEDIO AMBIENTE POR VERTIMIENTO DE HIDROCARBUROS - MODALIDADES: Propio e Impropio. / RESPONSABILIDAD CIVIL POR DAÑO AMBIENTAL IMPROPIO POR DERRAME DE HIDROCARBUROS – ELEMENTOS: Le competen al actor probarlos - Del análisis integral del material probatorio obrante en el expediente, se establece que los demandantes no lograron acreditar en debida forma los elementos axiológicos para la prosperidad de la acción de responsabilidad civil por daño ambiental impropio por derrame de hidrocarburos, en tanto además del daño ambiental propiamente dicho, el cual si ocurrió, les correspondía demostrar la afectación de sus derechos particulares e individuales, como también la existencia del nexo de causalidad, entendido como el factor determinante, exclusivo y definitivo en las pérdidas económicas alegadas, determinándose que existieron eventos que se configuran como concausas, que se constituyen como eficientes y de distinta fuente para la producción del daño ambiental impropio reclamado./

República de Colombia
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PASTO
SALA DE DECISION CIVIL - FAMILIA

Magistrado Ponente: Gabriel Guillermo Ortiz Narváez

Referencia: Apelación de sentencia en proceso ordinario de responsabilidad civil extracontractual.
Proceso No.: 2000 - 00059 - 00 (066-20).
Acumulados: 2000 - 00059 - 00, 2000 - 00069 - 00, 2000 - 00092 - 00, 2001 - 00035 - 00, 2001 - 00036 - 00, 2001 - 00070, 2001 - 00072 - 00 y 2002 - 00029 - 00.
Demandante: EPA.
SOCIEDAD COMERCIALIZADORA INTERNACIONAL CALCORP LTDA. - C.I. CALCORP LTDA.
MA y otros.
COMERCIALIZADORA Y PROCESADORA LÓPEZ LTDA. CORPLÓPEZ LTDA.
COMERCIALIZADORA DE PESCADOS Y MARÍSCOS PESQUERA COMPEZ.
AJC y otros.
JDM
PSP y otros.
Demandado: LA EMPRESA ESTATAL PETRÓLEOS DEL ECUADOR PETROECUADOR (Empresa Pública de Hidrocarburos del Ecuador EP PETROECUADOR)
COLONIAL COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A.

San Juan de Pasto, diecinueve (19) de enero de dos mil diecisiete (2017).

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada judicial de la parte demandante de los procesos acumulados Nos. 2000 - 0092, 2001- 0070, 2001 - 0072 y 2002 - 0029; por el apoderado judicial de la Comercializadora y Procesadora López - CORP LÓPEZ Ltda., quien es parte demandante en el proceso No. 2001 - 00035 - 00; y por La Empresa Estatal Petróleos del Ecuador PETROECUADOR, actualmente, Empresa Pública de Hidrocarburos del Ecuador EP PETROECUADOR; en contra de la sentencia del siete (7) de octubre de dos mil catorce (2014) proferida por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Tumaco, en el proceso ordinario de responsabilidad civil de la referencia.

I. ANTECEDENTES

1. Fundamento fáctico

Las demandas interpuestas al interior de los procesos acumulados se fundamentaron en resumen en los siguientes hechos:

a. Que el día 3 de julio de 1998 en el sector de Santo Domingo de los Colorados - Winchele - Esmeraldas, de la República del Ecuador, tuvo lugar un derrame de hidrocarburos provenientes del oleoducto Transecuatoriano. Dicho derrame, no pudo ser contenido por la demandada EP PETROECUADOR, al no poder detener la mancha de 18.000 barriles de crudo en el mismo río, la que se desplazó llegando hasta las costas del litoral nariñense en la primera semana de julio de dicho año, cubriendo la zona costera del Municipio de Tumaco, afectando lugares de desove e incubación de especies como peces, moluscos, crustáceos y otros recursos pesqueros. Se relató que los primeros en notar el desastre fueron los habitantes de las playas turísticas de Bocagrande, quienes al encontrar los rastros de hidrocarburos activaron el plan de emergencias.

b. Que la única acción de contingencia desarrollada por la demandada se limitó a la aplicación de dispersantes desde una avioneta, sumada a la contratación de personal en tierra para que se vierta en sacos el material contaminado, que luego se llevarían a un lugar para su posterior traslado, los que hasta el año 2002 continuaban deteriorándose a la intemperie. No obstante, se aclaró que tales labores no fueron suficientes para la total descontaminación, pues no limpian el suelo marítimo que entró en contacto con el material contaminado o las zonas de playa o manglares.

c. Que a partir de la ocurrencia del desastre, se establecieron comisiones de entidades expertas en la materia y reuniones binacionales para determinar la afectación a la flora y fauna marina, además de la extensión de los daños y establecer posibles soluciones, sin que se lograra el cometido, debiendo por ello los demandantes tener que acudir a la jurisdicción a efectos de lograr una reparación. Se aclaró que si bien en el pasado habían ocurrido otros desastres similares, ninguno de ellos de la magnitud del ocasionado por PETROECUADOR, pues afectó el frágil ecosistema de estuario, su flora, fauna y bosques de manglar, perjuicios que indican los actores podrían durar más de 50 años.

d. Finalmente, se relató que la empresa demandada contrató con COLONIAL SEGUROS Y REASEGUROS S.A. una póliza de riesgos con vigencia del veintisiete (27) de octubre de mil novecientos noventa y siete (1997) hasta el mismo día y mes del año mil novecientos noventa y nueve (1999), dentro de la cual se amparan los riesgos de responsabilidad civil contractual y extracontractual y responsabilidad por contaminación súbita, no intencionada e inesperada, incluyendo los gastos de limpieza de superficies.

2. Contestación de la parte demandada

La sociedad aseguradora al interior de los asuntos acumulados dio contestación a las demandas propuestas en su contra, refiriéndose a cada uno de los hechos expuestos en los libelos, proponiendo las excepciones que denominó: *"Falta de legitimación en la causa por pasiva"*, *"ausencia de cobertura dentro del contrato de seguro"*, *"prescripción de la acción que se deriva del contrato de seguro"*, *"inexistencia del perjuicio reclamado por Proteínas del Mar Ltda."*, *"inexistencia de causalidad; fuerza mayor, caso fortuito"*, y la genérica.

Por su parte, PETROECUADOR también dio contestación a las demandas interpuestas, refiriéndose a cada uno de los hechos descritos en los libelos, aportando y solicitando la práctica de pruebas y proponiendo las excepciones de mérito que denominó: *"Concausas"*, *"Fractura del Nexo Causal"*, *"Pago del eventual perjuicio"*, *"Causa nueva y hecho de un tercero"*, *"nulidad relativa"*, *"Falta de legitimación en la causa por activa"*, *"Falta de integración del contradictorio por pasiva"*, *"prescripción"*, además de la genérica.

3. La sentencia objeto de apelación

Surtida la actuación procesal a la que se ha hecho referencia, el día siete (7) de octubre de dos mil catorce (2014), el Juzgado Primero Civil del Circuito de Tumaco resolvió en primera instancia el asunto, adoptando las siguientes determinaciones:

- Declaró probada la excepción propuesta en el trámite de la demanda principal denominada falta de legitimación en la causa por pasiva, invocada por la EMPRESA COLONIAL COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A.
- Declaró civilmente responsable de los perjuicios ocasionados con el vertimiento de crudo en la Ensenada de Tumaco (Nariño - Colombia) el ocho (8) de julio de mil novecientos noventa y ocho (1998), a la EMPRESA PÚBLICA DE HIDROCARBUROS DEL ECUADOR EP - PETROECUADOR.
- Condenó a la demandada EMPRESA PÚBLICA DE HIDROCARBUROS DEL ECUADOR EP PETROECUADOR a pagar a las personas naturales que se enuncian en la parte resolutive del fallo, las cantidades de dinero allí mismo contenidas.
- Condenó igualmente a la misma demandada a pagar al señor EAP la suma de MIL DOSCIENTOS OCHENTA Y CINCO MILLONES CIENTO DIEZ MIL QUINIENTOS SESENTA Y OCHO PESOS, (\$1.285.110.568.00).
- Finalmente también impuso condena en costas procesales.

Las razones de la decisión pueden resumirse en los siguientes argumentos:

En primer lugar, luego de hacer un recuento de la actuación procesal y la concurrencia de los presupuestos procesales, devino una primera fase de análisis sobre la legitimación en la causa por activa y por pasiva, en virtud de las excepciones propuestas por la parte demandada. Al respecto, resaltó que en cuanto a la primera, si bien existía una autoridad encargada de la reclamación de los daños causados al medio ambiente como lo era la Corporación Autónoma de Nariño CORPONARIÑO, los actores como personas naturales y jurídicas tenían derecho a la reparación patrimonial individualmente causada; en lo respectivo a la segunda, precisó que la sociedad aseguradora en virtud de las cláusulas contenidas en la respectiva póliza y en lo imperado en el artículo 4º de la ley 13 de 1905 no se encontraba legitimada por pasiva al interior del asunto.

Luego, después de referir los elementos axiológicos de la acción de responsabilidad ambiental por vertimiento de hidrocarburos, concluyó que a la parte actora le bastaba con acreditar el daño y la relación de causalidad, dejándose de lado el elemento de la culpa que jurisprudencialmente no era exigible en este tipo de asuntos. Con posterioridad, continuó su análisis alrededor de las excepciones de fondo propuestas por la demandada, las cuales descartó con la valoración de las pruebas allegadas al plenario, entre ellas, el dictamen rendido por el Biólogo Victor Reynel Cortés, además de otros argumentos de orden jurídico relativos a las normas y precedentes que se han emitido en materias análogas.

Con posterioridad, abordó el problema jurídico y el caso concreto, donde realizó el estudio del daño y la relación de causalidad, cuya demostración se encontraba a cargo de la parte activa de la litis. Así, dividió el análisis en dos partes, una para las personas naturales y otra para las personas jurídicas.

Respecto de las personas naturales, la falladora recopiló los dichos de algunos de los demandantes que fueron vertidos en las declaraciones de parte solicitadas por la pasiva del litigio, en donde pueden leerse manifestaciones relacionadas con los ingresos que percibían por las actividades de recolección de especies marinas como peces y crustáceos. Luego, argumentó que en virtud de que nada se demostró sobre la existencia del daño emergente, no serían sujetos de reparación por dicho concepto, no ocurriendo lo mismo en relación con el lucro cesante, puesto que de acuerdo *"a la jurisprudencia"* se debía presumir el salario mínimo por el término de diez años, interregno que de acuerdo al perito ya mencionado, durarían los daños causados por el accidente.

Así, utilizando la fórmula de la indexación año por año desde 1998 hasta 2008, para la Juez resultó que a cada una de las personas naturales demandantes les correspondía el valor de SESENTA Y UN MILLONES NOVECIENTOS TRES MIL CUATROCIENTOS VEINTICUATRO PESOS (\$61.903.424.00).

Por otro lado, para las personas jurídicas se argumentó que la certeza del daño guarda estrecha relación con los perjuicios de carácter patrimonial que sufrieron las empresas PESQUERA ALCOMARES, COMERCIALIZADORA LÓPEZ, COMERCIALIZADORA INTERNACIONAL CARCORN y PESQUERA LUZ MAR, por lo que la indemnización por lucro cesante se calculó sobre la base de las utilidades operacionales dejadas de obtener por parte de éstas, desechando la utilidad neta contable.

Así, respecto a las empresas COMERCIALIZADORA LÓPEZ, COMERCIALIZADORA INTERNACIONAL CARCORN y PESQUERA LUZ MAR, no se logró determinar a través de dictamen pericial las pérdidas ocurridas durante la fecha de ocurrencia de los hechos, entre 1998 y 2008, reconociendo en consecuencia los perjuicios indemnizables a favor de la empresa PESQUERA ALCOMARES, con fundamento en la tabla de pérdida operacional y tabla de indexación, para finalmente determinar el valor del lucro cesante por el monto de QUINIENTOS SETENTA Y SIETE MILLONES CIENTO OCHENTA Y CUATRO MIL SEISCIENTOS OCHO PESOS (\$577.184.608.00).

Finalmente, concluyó que bajo el contexto probatorio recolectado, se determinó que el vertimiento de crudo ocurrido el tres (3) de julio de mil novecientos noventa y ocho (1998) en el sector de Santo Domingo de los Colorados - Winchele a 15 kilómetros de Esmeraldas en la República del Ecuador, que se propagó hacia la ensenada de Tumaco, efectivamente produjo daños, los cuales deberán ser reparados en punto de lucro cesante a quienes lograron demostrar su desmedro. Aclarando que la Empresa Pública de Hidrocarburos del Ecuador EP PETROECUADOR sustituyó a la anterior Empresa Estatal de Petróleos del Ecuador PETROECUADOR.

4. Trámite de segunda instancia

Mediante auto de trece (13) de mayo de dos mil quince (2015) se admitieron los recursos de apelación interpuestos, y luego del trámite pertinente al recurso de súplica que fuera interpuesto, el cinco (5) de octubre del mismo año se corrió traslado para sustentarlos. Así, dentro de la oportunidad, los alzadistas consideraron lo que a continuación se resume:

a. Sustentación del recurso de apelación de COMERCIALIZADORA Y PROCESADORA LÓPEZ LTDA.

El apoderado judicial de la demandante COMERCIALIZADORA Y PROCESADORA LÓPEZ LTDA., inició la sustentación del recurso manifestando que con la demanda se anexaron todas las pruebas necesarias para la demostración de las pérdidas causadas para el momento de los hechos, estableciendo los perjuicios de carácter patrimonial que sufrió la empresa con el derrame de petróleo ocasionada por la demandada. Se alegó que tales elementos de convicción fueron realizados por un perito contable, motivo por el cual considera que no se hacía necesario volver a presentar un nuevo estado de cuentas o pérdidas y ganancias, y en ese sentido, el perito designado por el A quo únicamente debía limitarse a hacer un comparativo con los anexos del libelo, no obstante, sólo se limitó a establecer que no se le habían aportado los documentos, aún cuando se le explicó que todos ya estaban en el expediente. Que bajo ese entendido, lo único que quedaba por demostrar era el elemento del daño, lo que se hizo dentro del término probatorio que el Juzgado dispuso.

Además, se indicó que en la sentencia la A quo hizo referencia a las demandantes EMPRESA COMERCIALIZADORA INTERNACIONAL CARCORN y PESQUERA LUZMAR, las cuales conciliaron con EP - PETROECUADOR y COLONIAL DE SEGUROS S.A., sin embargo, COMERCIALIZADORA LÓPEZ no concilió y alega que la falladora no resolvió en la sentencia su situación dejándola en un limbo jurídico, pues no apreció ni valoró las pruebas, en especial el documento denominado *análisis contable y proyecciones financieras* elaborado en 1999, y las declaraciones de renta, entre otros, ni los aportados con la adición de la demanda, así como tampoco tuvo por ciertos los hechos materia de interrogatorio por la inasistencia del representante legal de la demandada al interrogatorio de parte.

Finalmente, luego de referir algunas etapas del trámite de segunda instancia, solicitó al *Ad Quem* que dicte una sentencia favorable a la COMERCIALIZADORA Y PROCESADORA LÓPEZ LTDA, pues existe suficiente prueba que lo permite, entre ella la confesión de los hechos susceptibles de ella, por inasistencia a la diligencia de

interrogatorio de parte.

b. Sustentación del recurso de la parte demandante en los procesos acumulados Nos. 2000 - 0092, 2001- 0070, 2001 - 0072, 2002 - 0029.

En primer lugar, indicó que se trataba de una apelación parcial en contra del fallo proferido en primera instancia, en el cual entre otras disposiciones, se declaró probada la excepción denominada falta de legitimación en la causa por pasiva, invocada por la EMPRESA COLONIAL COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A.

Al respecto, luego de hacer una referencia a la legitimación en la causa, señaló la parte alzada que entre la demandada y la empresa aseguradora se suscribió la póliza No. EA9700606 cuya vigencia data del 27 de octubre de 1997 a la misma fecha del año 1999, incluso por responsabilidad civil extracontractual por daños que se causen a terceros, por ello, la existencia del vínculo contractual convierte a la última en obligada y por tanto está legitimada por pasiva y debe ser llamada a responder por los daños causados por EP PETROECUADOR, a quienes acuden a este proceso como demandantes.

Sobre este punto, la recurrente transcribió apartes de la sentencia de primera instancia en donde se encuentra la argumentación que le permitió a la falladora de instancia despachar favorablemente la excepción propuesta por la empresa aseguradora, reprochando que el artículo 4º del Tratado de Derecho Internacional Privado suscrito entre las Repúblicas de Colombia y Ecuador, aprobado en Colombia mediante la Ley 13 de 1905, se refiere a la ejecución de los contratos y a las diversas situaciones que puedan suscitarse dentro del desarrollo de los mismos, y que por tanto sólo atañen a las partes que en ellos hayan intervenido.

Que para el caso, las controversias suscitadas entre demandada y aseguradora, debían resolverse conforme a las normas que rigen en el lugar de suscripción del contrato, es decir, las de la República del Ecuador, lo que no se discute. Contrario a ello, el asunto que nos ocupa no versa sobre una controversia contractual, sino extracontractual, el cual no requiere que haya un vínculo jurídico entre el causante del perjuicio y los afectados, el cual debe regirse por las leyes de Colombia, lugar donde se produjo el daño, por lo que resulta aplicable el artículo 2341 del Código Civil.

En cuanto a la vigencia de la póliza y su territorio, considera que la A quo realizó una interpretación errónea del clausulado contractual, pues acudiendo al sentido natural y obvio de las palabras, la responsabilidad de la aseguradora se circunscribe solamente al amparo de los accidentes que ocurran durante la vigencia de la misma dentro del territorio del Ecuador. A partir de lo anterior, se indica que como quedó demostrado dentro del trámite de las demandas principal y de acumulación, el derrame de crudo ocurrido entre los días 3 y 8 de julio de 1998 ocurrió en el sector de Santo Domingo de los Colorados, Winchele, Esmeraldas, República del Ecuador, a 15 kilómetros de Esmeraldas, el cual se propagó hacia la ensenada de Tumaco, ocasionando un daño al medio ambiente marítimo y por ende, a quienes derivan su subsistencia de la recolección de los productos que de allí provienen, por ello, se tiene demostrado que el accidente se produjo en territorio ecuatoriano y en vigencia de la póliza.

Sobre el tema, resaltó que la Juez no tuvo en cuenta los métodos de interpretación, en especial el exegético, puesto que la cláusula era tan clara que no había lugar a interpretaciones de ningún tipo. Por otra parte, resultaba inaplicable al asunto que nos ocupa la ley 13 de 1905, que en nada tiene que ver con la controversia planteada. Igualmente, agregó que el transporte de hidrocarburos es una actividad peligrosa de la cual se derivan siniestros que no solamente afectan la zona donde se presentan, sino que se extienden a ámbitos internacionales como el del asunto de marras, razón suficiente para que exista un seguro para cubrir tales eventualidades y reparar los daños patrimoniales causados a personas individualmente afectadas.

Señaló que por tales razones, la aseguradora LA COLONIAL DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A. al igual que la demandada EP-PETROECUADOR deben responder por los daños que se causaron a los habitantes de la costa que actúan como demandantes, quienes son pescadores, concheros y procesadoras de camarón y mariscos de Mosquera y Tumaco, cuyas actividades siempre se han concretado en recoger productos del mar, quienes vieron afectada su subsistencia debido al desastre ecológico y ambiental que se produjo. Por lo tanto, deprecó que la excepción propuesta no puede estar llamada a prosperar.

Que aunado a lo anterior, dentro del expediente obra la prueba documental necesaria, además de la póliza No. EA 9700606 que demuestra la responsabilidad que le asiste a la sociedad aseguradora en el pago de los servicios ocasionados a los demandantes con ocasión del accidente, y que la Juez no tuvo en cuenta al momento de decidir la excepción propuesta por la demandada, tales como las copias certificadas de 13 de junio de la Notaría Vigésimo Cuarta de la Ciudad de Quito, además de la reaseguradora GAB ROBINS del Reino Unido, con lo cual se demostraba que disponía de los fondos suficientes para asumir el pago de las indemnizaciones. Que junto con lo anterior, también obraban las copias de los contratos de transacción y escritos de desistimiento de los demandantes que dieron lugar a la terminación de varios procesos, cuyas copias fueron aportadas con el escrito de apelación parcial de la sentencia, entre otros documentos y piezas procesales del expediente.

Con fundamento en lo anterior, la alzada concluyó que si bien es cierto que existía una aparente limitación en la cláusula III contenida en la póliza de seguros que le impedía a la aseguradora responder por los daños ocurridos fuera del país de suscripción y cumplimiento del contrato de seguro, también es a su juicio, incuestionable verdad que la aseguradora LA COLONIAL DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A. voluntariamente renunció a dicha cláusula y extendió los efectos para pagar a los damnificados domiciliados en Tumaco, tal como se puede apreciar en los documentos que dan cuenta de transacciones y conciliaciones que la A quo no tuvo en cuenta al momento de valorar el caudal probatorio arrojado al plenario.

Finalmente, manifestó que no sean tenidos en cuenta los argumentos de reproche realizados en torno a la condena por perjuicios morales, puesto que por no haber sido deprecados en la demanda su estudio y censura devenía inane.

c. Sustentación del recurso de la parte demandada: EP - PETROECUADOR

La parte demandada a través de su apoderado judicial manifestó que la sentencia objeto del recurso de apelación tenía una serie de graves errores en materia sustancial y de procedimiento que hacían que la decisión adolezca de fundamento normativo, fáctico y probatorio para efectos de haber condenado a la demandada en la forma y cuantía que se estableció.

Así, inició manifestando que existía incertidumbre respecto del daño ocasionado a los demandantes, pues de acuerdo a la doctrina y jurisprudencia, es requisito para que el daño sea indemnizable que sea demostrado y determinado el monto o perjuicio directo causado de acuerdo a la libertad probatoria existente. Al respecto señaló que como es sabido por los habitantes del territorio de Tumaco y otras instituciones de la misma municipalidad, el evento acaecido en 1998 y que dio origen a la demanda, no fue el único que había afectado el puerto nariñense, pues también en una operación de cargue de la estación de Tumaco al buque Daedalus, sucedida el 26 de febrero de 1996, se produjo un derramamiento importante de hidrocarburos con las mismas implicaciones para el ecosistema marino.

Que por lo tanto, dicho factor que ya ha sido debatido en otras instancias exonerando a la demandada en su momento y el hecho de que el derrame de hidrocarburos imputado a PETROECUADOR no ha sido el único, determinante, exclusivo y definitivo en las pérdidas económicas que alegan los demandantes, pues a tal efecto han contribuido también por contaminaciones petroleras anteriores a 1998, el arrojado de desechos al mar por la población ribereña, la deforestación, los fenómenos del niño y de la niña, y la sobrexplotación de los recursos pesqueros, que son factores diferentes y externos que desvaloran el nexo causal entre el daño padecido por los actores y la conducta de la demandada, pues no es atribuible a un único factor.

Por ello, que no pueda predicarse que exista certeza que el supuesto daño en la disminución en la fauna marina, objeto de pesca, fuere únicamente por causa del derrame de petróleo, que por el contrario, existía certeza científica que acreditaba que la disminución de la fauna marina en las costas de Tumaco se debe a múltiples factores y por ende no podía endilgarse nexo causal. Al respecto, citó el fallo emanado por la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil de 16 de mayo de 2011, con ponencia del H. Magistrado William Namén Vargas con la radicación No. 52835-3103-001-2000-00005-01.

Así, conforme a los postulados esbozados en dicho fallo, comentó que no podía endilgarse responsabilidad a la demandada por la disminución de la fauna marina entre los periodos de 1999 y 2009, y el fallo en ese sentido

resulta injusto y contrario a derecho, máxime si se tiene en cuenta que hace tres años antes existió otro derrame en la misma zona que tuvo la virtualidad de afectar la fauna marina. Por ello, afirmar que el derrame de 1999 es el único factor responsable del supuesto daño ocasionado a los pescadores, es afirmar que los otros factores y demás personas que actuaron en perjuicio de la fauna marina, no les cabe responsabilidad alguna.

Al respecto, solicitó tener en cuenta lo dicho en el dictamen pericial rendido por la Dirección General Marítima DIMAR, Centro de Control Contaminación del Pacífico (Fls. 2360 a 2365), en el que dictaminó que no existe contaminación por concepto de hidrocarburos como el petróleo y que la causa más probable para la disminución de la fauna marina es el cambio de temperatura del mar, que nada tiene que ver con el petróleo en el océano, y así lo señaló la Corte Suprema de Justicia en la mencionada sentencia. Igualmente, se citó al estudio realizado por el Centro de Investigaciones Oceanográficas e Hidrográficas del Pacífico, entidad adscrita a la Dirección General Marítima, como autoridad marítima en Colombia, en donde se analizaron los derrames de petróleo ocurridos en el país, transcribiendo apartes en donde se describe que en la Bahía de Tumaco han ocurrido varios derrames de crudo que han afectado los diferentes elementos que conforman su ecosistema, accidentes que han tenido distintas causas pero igual resultado, derrame de petróleo crudo sobre las aguas de la bahía, destacando tres eventos en particular.

Al respecto, manifestó que dichos incidentes y factores de contaminación los cuales constituyen a juicio del alzado hechos notorios, se hacía evidente que existen otros factores que han causado daños al ecosistema y por ende la disminución de la fauna marina, afectando a quienes derivan su subsistencia de la pesca, recolección de conchas y especies menores de la Bahía de Tumaco.

En segundo lugar, se relató que el fallo de segunda instancia adolece de otro error, relacionado con la falta de legitimación en la causa por activa y una inadecuada valoración de las declaraciones de parte, manifestando que uno de los aspectos más delicados y de especial atención para el presente proceso, era que cada uno de los demandantes debía probar que verdaderamente se dedicaban a la actividad de la pesca u otras relacionadas, y de paso acreditar el daño padecido por cada uno de ellos.

Sobre dicho tópico, argumentó que cada uno de los demandantes probó su condición de pescador artesanal, o de persona dedicada a labores conexas, únicamente con su declaración en medio de su diligencia de interrogatorio de parte, lo que va en contravía de lo preceptuado por el artículo 195 del C. de P. C.. Al contrario, no existe prueba pertinente, conducente ni útil que acredite que las personas enlistadas en el numeral tercero de la parte resolutive de la sentencia, laboraban en la actividad que manifestaron dedicarse, al momento de ocurrencia del derrame de petróleo.

De lo anterior, estimó que cada uno de los demandantes tenía la carga de demostrar su oficio y su remuneración mediante pruebas adecuadas, situación que no sucedió. Sin embargo, se profirió condena en contra de la demandada con fundamento en suposiciones y prejuicios, pero nunca en elementos de convicción que produjeran convencimiento bajo las reglas de la sana crítica. Dicha carga, no fue asumida en debida forma por los integrantes de la activa de la litis, por lo que la decisión desfavorable a la demandada se produjo con violación del debido proceso.

En tercer lugar, manifestó que la sentencia de primera instancia contenía una incorrecta, indebida e ilegal cuantificación del daño de los presuntos pescadores artesanales y otras personas dedicadas a labores conexas a la pesca. En este punto, se indicó que uno de los principios necesarios para la reparación del daño es que éste debe ser cierto, tema sobre el que la falladora de instancia incurrió en un grave yerro al considerar que ante la ausencia de demostración de la cuantía del daño causado, consecuencialmente presumió que a cada demandante debía reparársele un salario mínimo legal mensual durante el término de 10 años.

Además, destacó las incongruencias en dos puntos: uno, relacionado con la conclusión de la sentencia según la cual el accidente ocasionado tuvo como consecuencia la imposibilidad total de los pescadores de continuar trabajando por el término de diez años, lo que a juicio del alzado es falso por que las pruebas arrojadas al expediente dieron cuenta de que las personas jurídicas demandantes pudieron tener 8 años de utilidad operacional realizando su actividad pesquera en la Zona del Puerto de Tumaco entre los años 1998 y 2008; y dos, que de acuerdo a lo dicho por el dictamen pericial que debe ser analizado y que se citó en la sentencia, se tiene que esta no tuvo en

cuenta cual de los productos era de mayor objeto de pesca por cada individuo, y en una determinación totalmente ilegal e irregular, consideró un salario mínimo legal mensual vigente por cada mes durante diez años, es el monto dejado de percibir por todos los pescadores, contrariando el pilar fundamental de la reparación según el cual el daño debe ser cierto, cosa que no se vislumbró en prueba alguna.

En cuarto lugar, con fundamento en lo manifestado por Hernando Devis Echandía y en el artículo 189 del C. de P. C, reprochó la sentencia de primera instancia por quebrantar el principio de la unidad de prueba. Resaltó que la falladora, con fundamento en una errada valoración de las declaraciones de parte, decantó que la zona de pesca sobre la cual se solicita indemnización quedó cien por ciento inservible; por otro parte, con fundamento en los dictámenes periciales sobre los estados financieros de EAP revelaron que el negocio arrojó utilidad en ocho de los mismos diez años en que los pescadores no pudieron ejercer su actividad; además, de acuerdo al dictamen pericial del biólogo Victor Reynel Cortés, lo acontecido sobre la zona de pesca produjo una disminución de la vida marina, nunca la desaparición de especies que impidiera la pesca.

Que de lo anteriormente expuesto, para el alzadista se concluye que las pruebas no fueron apreciadas en su conjunto sino de manera segmentada, por ello, la sentencia resulta errante al no establecer cual fue la verdadera consecuencia del derrame en la zona de pesca del puerto de Tumaco, por cuanto para unos demandantes la zona quedó inservible y para otros, se evidenció un impacto en sólo dos años. Que no obstante, las pruebas que obran en el proceso sí dan cuenta de algo que la Juez no concluyó, y es que los supuestos pescadores pudieron seguir ejerciendo su actividad de pesca, de ahí que la condena en las cuantías que se impuso resulta desproporcionada, toda vez que el derrame no produjo incapacidad laboral, ni desaparición de la vida marina en el puerto de Tumaco y por ende, a la total inactividad de la pesca en la zona del puerto de Tumaco.

Como quinto argumento de reproche, manifestó que la valoración del dictamen pericial rendido por el biólogo Victor Reynel Cortés, se hizo contra las reglas de la sana crítica, pues expuso que la única causa de la disminución de la vida marina fue el derrame supuestamente causado por la demandada. Sin embargo, en las mismas consideraciones expuestas por la Juez, el alzadista resalta que se ha demostrado que personas no vinculadas con su poderdante, ejecutaron labores inapropiadas de limpieza, de donde a su juicio surge la duda sobre las conclusiones.

Que conforme a lo anterior, surge que la demandada ha sido condenada injustamente como la única causante de la disminución de la fauna marina en la zona del Puerto de Tumaco entre los años de 1998 y 2008, siendo claro que existieron otros factores determinantes sobre la vida marina de la zona. Por ello, el alzadista entiende que no existe certeza sobre si el derrame del 3 de julio de 1998, en efecto causó de manera directa la afectación de la vida de los peces y demás animales marinos y por ello, el dictamen no resulta razonadamente creíble.

Como sexto argumento de reproche, consideró que existe en la sentencia una inferencia falaz sobre las pérdidas operacionales de EAP, pues en criterio de la A quo, para determinar que el mencionado demandante sufrió un daño directo y cierto por cuenta del accidente, fue que sus estados financieros revelaran una pérdida operacional en el transcurso de los años 1998 a 2008, medio de prueba que considera impertinente, puesto que los estados financieros no son un medio idóneo per se para determinar la ocurrencia de un daño producto de un derrame petrolero ni para medir el impacto del mismo hecho sobre la rentabilidad y viabilidad de un negocio, puesto que ello depende de muchos más factores, tales como costos, precio del combustible, entre otros.

Resume su reproche diciendo que no se puede aseverar que la demandada produjo un daño sobre el negocio del señor A, por el solo hecho de que sus estados financieros arrojaron pérdidas, dado que estas pueden producirse por muchos más factores que la disponibilidad de peces y otras especies en el mar.

Finalmente, impetró el apelante que en la sentencia existe un incorrecto cálculo de la supuesta pérdida operacional, como indemnización de EAP, pues al hacerse el cálculo sobre la indemnización se cometió un yerro mayúsculo al considerar que la variación de la inflación en Colombia fue del 57% y en el año 2000 de 61.99%, nada más falso. Para ello, el alzadista incluyó una tabla según la cual, a su juicio, contiene la indexación correcta.

Que con todo lo dicho, podía apreciarse que la sentencia de primera instancia está minada de errores probatorios y sustanciales, motivo por el cual, una vez apreciados los hechos efectivamente probados, solicitó la revocatoria

del fallo de primera instancia y en su lugar resolver la no prosperidad de las pretensiones de los demandantes y condenar en costas a la parte demandante.

Traslado para la parte no apelante

Dentro del término de traslado la apoderada de COLONIAL COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A., presentó el escrito obrante a folios 85 a 143 del cuaderno de segunda instancia, en el que solicitó confirmar la sentencia proferida por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Tumaco, que declaró probada la excepción propuesta por su poderdante denominada "*Falta de legitimación en la causa por pasiva*", y por ende exonerarla de toda responsabilidad, por tener pleno fundamento legal y probatorio.

II. CONSIDERACIONES

1. SANIDAD PROCESAL

Se observa la validez del proceso, puesto que no se advierte que en la tramitación del mismo se haya incurrido en causales de nulidad insubsanable o de las que deban ponerse en conocimiento de las partes.

2. PRESUPUESTOS PROCESALES

Concurren a plenitud en el presente caso los presupuestos procesales a saber: tenía la Juez de primer grado competencia para avocar conocimiento en virtud de la naturaleza, cuantía del asunto y el lugar donde ocurrieron los hechos. Las personas naturales demandantes son mayores de edad, que tienen capacidad para ser parte y para comparecer al proceso, últimas condiciones que también se predicen de las personas jurídicas que conforman la parte activa de la litis, quienes actuaron a través de su representante legal. Asimismo, gozan de la misma capacidad las personas jurídicas que actúan como demandadas, representadas legalmente por su gerente. Las partes fueron asistidas por profesionales del Derecho y finalmente, se observa que las demandas presentadas se allanaron a cumplir con las exigencias legales previstas.

3. LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA

Respecto de la legitimación en la causa, se precisa por esta Sala que en virtud de las particulares circunstancias que rodean el presente asunto, la excepción de mérito alegada por la EMPRESA COLONIAL COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A., y los motivos de apelación expuestos por la apoderada de los demandantes en los procesos acumulados Nos. 2000 - 0092, 2001- 0070, 2001 - 0072 y 2002 - 0029, se realizará un análisis de esta institución jurídica.

En primer lugar, la legitimación en la causa junto con el interés para obrar, hacen parte de los denominados presupuestos sustanciales de la pretensión, así, encontramos que la primera ha sido comprendida desde una doble concepción, por un lado, como la afinidad de quien postulara los pedimentos con la persona a quien el ordenamiento le endilga el derecho que es reclamado (**legitimación activa**), y por otro, la identidad del sujeto accionado con el individuo respecto del cual se ha consagrado la citada prerrogativa (**legitimación por pasiva**). A su vez, el segundo instituto, emerge como la necesidad del contendor activo de que el derecho perseguido sea en efecto observado, reconocido o enmendado, y que dicha orden sea proferida por la Entidad Judicial a la que ha acudido, y la del destinatario de tales petitorias, de evitar que aquéllas salgan adelante, postulando para el efecto los instrumentos de confutación o de enervación pertinentes.

Así, conforme con lo anterior, no debe perderse de vista que la confluencia irreproachable del interés para obrar depende de la presencia indemne de la ya definida *legitimatio ad causam*.

En este orden de ideas, no puede considerarse una argumentación distinta frente al caso concreto, que los demandantes ya sean personas naturales o jurídicas, son exactamente quienes se hallan investidos tanto de la legitimación como del interés para actuar dentro del trámite que nos ocupa, vale decir, que figuran como postulantes de la pretensión indemnizatoria por responsabilidad civil extracontractual, por aducir que les han

sido generados los menoscabos a resarcirse, dirigiendo la solicitud contra la persona jurídica a quien le cargan la conducta transgresora que causó las pérdidas económicas descritas en los respectivos libelos, propugnando en últimas para que les cancelen los montos especificados en la demanda para saldar los perjuicios sufridos.

Por otro lado, respecto de la legitimación en la causa por pasiva, analizando la calidad en la que se convocó a la sociedad EMPRESA COLONIAL COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A., se debe precisar que la norma invocada por la falladora *A quo* y también referida en el escrito de sustentación del recurso de apelación, es el Tratado de Derecho Internacional Privado suscrito entre las Repúblicas de Colombia y Ecuador, el cual fue aprobado mediante la Ley 13 de 1905.

Así, la mentada ley en su artículo IV de manera literal prescribe:

"Los contratos celebrados en el otro país contratante serán juzgados, en cuanto á su validez y efectos jurídicos de sus estipulaciones, por la ley del lugar de su celebración; pero si esos contratos por su naturaleza ó por convenio de partes tuvieren que cumplirse precisamente en la República, se sujetarán á las leyes de ésta. En uno y otro caso el modo de ejecutarlos se regirá por las leyes nacionales".

Para el caso, la responsabilidad que los actores le endilgan a la sociedad EMPRESA COLONIAL COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A. se deriva de la suscripción de la póliza No. RCD 000336, entre la mencionada aseguradora y la actual EMPRESA PÚBLICA DE HIDROCARBUROS DEL ECUADOR EP PETROECUADOR, en cuya copia auténtica que obra a folios 173 del cuaderno principal 1A - Caja 2, puede leerse que fue suscrita el día seis (6) de noviembre de mil novecientos noventa y siete (1997) en la ciudad de Quito - Ecuador.

De lo anterior, deviene lógico entender que los efectos jurídicos de las cláusulas contenidas en dicha póliza, deben ser juzgadas por la ley del lugar de su celebración, es decir, las que rigen en la República del Ecuador que para el caso se consagran en el Título XVII, Libro Segundo del Código de Comercio ecuatoriano. Al respecto, obra en el plenario la copia de dicha legislación, allegada por el Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio e Integración, mediante oficio suscrito por el Cónsul General del Ecuador en Bogotá, autenticadas por la Notaría Vigésimo Cuarta de la Ciudad de Quito.

La norma referida en el párrafo anterior, en su artículo 53 de manera literal impera:

"El seguro de responsabilidad civil no es un seguro a favor de terceros. El damnificado carece, en tal virtud, de acción directa en contra del asegurador. Este principio no obsta para que el asegurador adopte las providencias que estime conducentes a fin de evitar que el asegurado obtenga del contrato ganancias o lucro".

De lo transcrito, fácilmente puede inferirse de acuerdo a las normas que rigen el contrato de seguro suscrito por la entidad demandada, que ninguno de los miembros de la parte actora, ya sean personas jurídicas o naturales, que para el caso se constituirían como los presuntos damnificados, tienen acción directa en contra de la sociedad EMPRESA COLONIAL COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A., de ahí que en consecuencia, ésta carezca de la legitimación en la causa por pasiva para observar o reconocer el derecho perseguido por los actores.

Ahora, resulta cierto que la mencionada póliza establece en sus condiciones particulares que en los amparos está comprendida la responsabilidad contractual y extracontractual, la responsabilidad por contaminación o polución súbita no intencionada en lo atinente a responsabilidad marítima, al igual que la responsabilidad por daños corporales a terceras personas, el daño a la propiedad de terceros, resultado de cualquiera de las actividades desarrolladas por PETROECUADOR y/o sus filiales. No obstante, aquella protección únicamente puede exigirla mediante acción judicial el asegurado, que para el caso es la entidad demandada EP PETROECUADOR, único sujeto que tiene tal calidad según el instrumento obrante a folio 173 del cuaderno principal 1A y lo imperado en las normas que rigen dicho contrato, que son las del lugar donde se suscribió, es decir, el Código de Comercio ecuatoriano en su artículo 53.

Igualmente, coincide esta Corporación con la parte alzadista cuando manifestó que las controversias suscitadas entre demandada y aseguradora deben resolverse conforme a las normas ya mencionadas, y ello es lógico por

cuanto se trata de dos entidades con domicilio en territorio ecuatoriano, quienes suscribieron un contrato en el mismo lugar, de ahí que al respecto no pueda existir discusión.

Por otra parte, también resulta adecuado considerar que el asunto que nos ocupa es de raigambre extracontractual, el cual no requiere de la existencia de un vínculo jurídico entre el causante del perjuicio y los presuntos afectados, por ello se rige por las leyes colombianas, lugar donde se produjo el daño. Sin embargo, tal argumento sirve para sustentar la existencia de legitimación en la causa por pasiva radicada en la sociedad demandada EP PETROECUADOR, más no en la sociedad EMPRESA COLONIAL COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A.

Al respecto, debe aclararse que si bien la acción de responsabilidad civil que dimana de la relación entre los demandantes y EP PETROECUADOR es de naturaleza evidentemente extracontractual, no lo es así respecto de la EMPRESA COLONIAL COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A., pues como sociedad aseguradora, su relación con la parte actora no se deriva únicamente de un hecho con consecuencias jurídicas, sino de un acto o negocio jurídico que para el caso es la póliza RCD 000336, varias veces mencionada, de ahí que sí resulta totalmente pertinente al asunto la ley 13 de 1905, la que tiene que ver con la controversia planteada, en la medida que trata del juzgamiento de la validez y efectos jurídicos de un contrato celebrado en otro país y por ello, debe interpretarse conforme a las leyes del lugar de suscripción, imperativo contenido en el artículo IV *ibidem*.

De lo anterior, también debe indicarse que en efecto, el derrame de petróleo que se erigió como el hecho dañoso y que en consecuencia se alega es fuente de los perjuicios ahora reclamados, tuvo lugar en territorio ecuatoriano, en el sector de Santo Domingo de los Colorados, Winchele, Esmeraldas, los días tres (3) y ocho (8) de julio de mil novecientos noventa y ocho (1998), es decir, durante la vigencia de la póliza RCD 000336 y respecto de un hecho con consecuencias jurídicas que está consagrado dentro de sus amparos, e igualmente, también está demostrado que las consecuencias del derrame traspasaron las fronteras y afectaron la costa pacífica nariñense.

Sin embargo, no puede aceptarse que existió una mala interpretación del contenido de la póliza y una indebida aplicación de la *ley 13 de 1905*, puesto que lo estipulado en el artículo IV *ibidem*, indica que el contrato suscrito en la República del Ecuador entre EP PETROECUADOR y la EMPRESA COLONIAL COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A., en su validez y efectos tanto en territorio colombiano como ecuatoriano, se rige por las normas del lugar de su suscripción, las que como se advirtió, no otorgan acción directa a los presuntos damnificados en contra de la aseguradora, de ahí que se insista, no existe legitimación en la causa por pasiva radicada en la última sociedad mencionada, contrario a como hubiera ocurrido si se hubiera celebrado en territorio colombiano.

Por otra parte, la parte alzadista manifestó que la A quo no tuvo en cuenta el material probatorio allegado al plenario, pues en el acervo además de la copia de la póliza de seguros, también reposan las copias certificadas del día trece (13) de junio de la Notaría Vigésimo Cuarta de la Ciudad de Quito, la certificación expedida por la reaseguradora GAB ROBINS del Reino Unido, que demostraba que existían los fondos suficientes para asumir el pago de las indemnizaciones, y las copias de los contratos de transacción y escritos de desistimiento de los demandantes que dieron lugar a la terminación de varios procesos contra las mismas partes.

Al respecto, deberá decirse que las copias de los contratos de transacción suscritos entre otros demandantes y las entidades demandadas, al igual que los escritos de desistimiento que en consecuencia se presentaron, no son pruebas que puedan aceptarse como confesión, y mucho menos puede admitirse que con fundamento en ellos pueda interpretarse de otra manera las cláusulas contenidas en la póliza de seguros, inaplicarse la *ley 13 de 1905* y soslayar el artículo 53 del Código de Comercio ecuatoriano que en consecuencia rige la temática.

Lo anterior, en la medida que el contrato de transacción de acuerdo a lo establecido en el artículo 2469 del Código Civil colombiano, es aquel en el que las partes se ponen de acuerdo para terminar extrajudicialmente un litigio pendiente o para precaver un litigio eventual, y bajo ese punto de vista, no puede entenderse que tal pacto conlleve implícitamente una aceptación de responsabilidades o que sirva como confesión, puesto que el único objeto es llanamente ponerle fin o evitar un proceso judicial. Por otra parte, tampoco puede ser de recibo que por el sólo hecho de disponer de fondos suficientes para realizar indemnizaciones signifique *per se* que en consecuencia deban hacerse, sin siquiera tomar en cuenta las normas que rigen el caso en particular.

Así, lo anteriormente mencionado resulta suficiente para descartar los argumentos tendientes a reprochar lo

declarado por la Juez de primera instancia en lo relativo a la prosperidad de la excepción de mérito alegada por la EMPRESA COLONIAL COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A. y que denominó: *"falta de legitimación en la causa por pasiva"*, razón por la que en cuanto a dicho tópico será confirmada la sentencia objeto de alzada.

Por lo demás, la legitimación en la causa por pasiva radicada en la EMPRESA ESTATAL PETRÓLEOS DEL ECUADOR - PETROECUDOR, actualmente EMPRESA PÚBLICA DE PETRÓLEOS DEL ECUADOR - EP PETROECUADOR, se verifica por cuanto es a quien los demandantes endilgan la responsabilidad por el derrame de petróleo ocurrido en territorio ecuatoriano, en el sector de Santo Domingo de los Colorados, Winchele, Esmeraldas, los días tres (3) y ocho (8) de julio de mil novecientos noventa y ocho (1998) que se extendió hasta la costa pacífica del Departamento de Nariño en Colombia.

4. PROBLEMA JURÍDICO

Corresponde a la Sala determinar, conforme a los argumentos de reproche expuestos por el apoderado judicial de la sociedad demandada EP PETROECUADOR: ¿Con base en el material probatorio que reposa en el expediente, se encuentran acreditados los elementos axiológicos para la prosperidad de la acción de responsabilidad civil extracontractual por daño al medio ambiente?

En primer lugar, vale aclarar que la Sala en esta fase de análisis tomará en cuenta los argumentos de apelación expuestos por el apoderado judicial de la parte demandada, EP PETROECUADOR, en tanto aquellos están destinados a desvirtuar la acreditación de los elementos axiológicos de la acción de responsabilidad civil extracontractual por daño ambiental, lo que por motivos prácticos relieves su análisis para luego, en caso de ser superado, ventilar lo alegado por el procurador de la sociedad COMERCIALIZADORA Y PROCESADORA LÓPEZ LTDA., cuyos reproches se refieren a la indemnización de perjuicios.

Ahora, de acuerdo con el escrito de apelación, la Sala encuentra que los argumentos que se esgrimen y sirven de fundamento a la alzada pueden compendiarse en los siguientes postulados: **i)** Que existe incertidumbre respecto del daño ocasionado por la sociedad demandada, en la medida que no se ha demostrado que haya sido el único, determinante, exclusivo y definitivo, causante de las pérdidas económicas que alegan los demandantes; **ii)** Que el fallo de primera instancia adolece de un error probatorio puesto que atenta contra lo establecido en el artículo 195 del C. de P. C, ya que cada uno de los demandantes no ha demostrado dedicarse a la actividad de la pesca u otras relacionadas, ni el daño padecido, más allá de lo dicho en su propia declaración de parte; **iii)** Que además, existe una inadecuada cuantificación del daño, pues se basó en una inadecuada presunción, extendiéndola por el término de 10 años; **iv)** Que se afectó el principio de unidad de la prueba, puesto que se tasaron los daños bajo el supuesto de una total desaparición de la vida marina, y no de una disminución que como máximo pudo durar 2 años; **v)** Que el dictamen pericial que sirvió de fundamento para la sentencia condenatoria fue valorado en contra vía de las reglas de la sana crítica; **vi)** Finalmente, respecto de la condena a favor del señor EAP, que los estados financieros no son un medio idóneo *per se* para determinar la ocurrencia del daño producto de un derrame de petróleo, puesto que en el estado de pérdidas influyen muchos más factores, además de que la variación de la inflación tomada por la Juez también es incorrecta.

Precisado lo anterior, es dable destacar que la acción ejercida por parte de los demandantes, en lo que incumbe a sus pretensiones es la de responsabilidad civil extracontractual por daño ambiental, y bajo ese entendido puede advertirse desde este momento que la sentencia proferida por la falladora A quo se fundamentó en una apresurada lectura de la sentencia proferida el dieciséis (16) de mayo de dos mil uno (2011) por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, con ponencia del Magistrado William Namén Vargas, pues a partir de la transcripción de uno de sus párrafos, erróneamente concluyó: *"Del análisis jurisprudencial se determina que en materia de daños ambientales no se requiere la demostración de la culpa en cabeza del actor, basta con acreditar el actor el daño y la relación de causalidad..."*¹, lo que para el caso que ocupa la atención de la Corporación no es suficiente.

¹ Fl. 3481 - C. 1, 5.

Así, es indudable la importancia que tiene la sentencia invocada en el fallo de primera instancia, puesto que versa sobre un caso análogo al presente, y de ahí que deba ser analizada en profundidad para derivar las consecuencias jurídicas que deban aplicarse. Bajo ese hilo argumentativo, el fallo emanado por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia el dieciséis (16) de mayo de dos mil once (2011) con ponencia del Magistrado William Namén Vargas, inicia advirtiéndolo que en términos generales, toda obligación de restituir, reparar o indemnizar la lesión de un derecho, interés o valor tutelado por el ordenamiento jurídico, presupone un daño cierto, actual o futuro al sujeto, en su persona, integridad física o síquica, vida de relación, condiciones de existencia o patrimonio, recalcando que salvo en los expresos casos normativos, corresponde al damnificado probar su existencia y extensión.

También de manera general, se indica en la mentada providencia que constatada la existencia del detrimento, es necesario acreditar la relación de causalidad entre la conducta generadora y el quebranto cuya reparación se pretende, es decir, la imputación causal a un sujeto singularizado o determinado que se constituye como autor. Al respecto, se aclara que la primera fase de análisis, hace relación al daño y al vínculo causal, para posteriormente determinar el fundamento normativo de atribución de imputación, que a su vez sirve de fuente de la obligación de reparar.

Sobre el tema, se recuerda que de vieja data la misma Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia ha ubicado la responsabilidad civil por los daños causados con la contaminación ambiental, en el régimen jurídico de las actividades peligrosas en virtud del riesgo o peligro que le es inherente, advirtiéndolo en la sentencia de 11 de abril de 1930, que bastaba demostrar el daño y la relación de causalidad para obtener la reparación del perjuicio sufrido. No obstante, en el fallo de dieciséis (16) de mayo de dos mil uno (2001), se consideró:

*"Más la responsabilidad ambiental, especialmente por contaminación, y en particular, con vertidos de hidrocarburos, plantea complejas interrogaciones a propósito de las naturaleza, titularidad y determinación de los intereses protegidos, la autoría, causa, nexo causal, factor de imputación, contenido y extensión del daño"*².

Señalando así que la acción de responsabilidad civil invocada por los actores y relacionada con la contaminación por derrames de petróleo, es bastante compleja y va más allá de lo someramente citado por la Juez Primera Civil del Circuito de Tumaco en este caso. Al respecto, también se argumentó por la Alta Corporación:

*"En perspectiva exacta, autorizadas opiniones, palpan la problemática en cuanto el daño ambiental usualmente recae sobre un número plural de personas, afecta a una, muchas o todas, puede imputarse a la conducta unitaria o colectiva, provenir de comportamientos únicos, múltiples o coligados, ya del mismo sujeto, ora de varios, sus efectos nocivos a futuro, certidumbre o dimensión, suelen ser difíciles de apreciar por impredecibles e incalculables, el detrimento de idéntico o diverso interés podrá ser directo, indirecto, reflejo, conexo o consecuencial y la causalidad difusa"*³.

Bajo el mismo hilo argumentativo, más adelante la H. Corte Suprema de Justicia en el fallo, empieza a diferenciar que una cosa es el daño al medio ambiente propiamente dicho, que también denomina daño ambiental puro, referido a eventos en los que existe "*daño ecológico*" o "*daño a la salubridad ambiental*" que en estricto sentido es todo detrimento causado al medio ambiente, pero que otra cosa distinta, es el identificado como daño ambiental impuro, es decir, cuando además, se afectan intereses singulares, particulares y concretos de un sujeto determinado o determinable, y la reparación buscada entonces versa sobre dichas prerrogativas de orden particular.

En ese entendido, la Sala considera pertinente traer a colación extractos en los cuales de manera precisa, la H. Alta Corporación analiza la diferencia entre los dos tipos de daño, puro e impuro, respecto de su naturaleza, titularidad y determinación de los intereses protegidos.

Respecto de la definición del derecho al medio ambiente y contaminación:

² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia de 16 de mayo de 2011. M.P. William Namén Vargas. Referencia: 52835-3103-001-2000-00005-01.

³ Ibid.

"En la legislación colombiana, "(...) el medio ambiente está constituido por la atmósfera y los recursos naturales renovables" (artículo 2º de la Ley 23 de 1973), contaminación ambiental es "la alteración del medio ambiente por sustancias o formas de energía puestas allí por la actividad humana o de la naturaleza, en cantidades, concentraciones o niveles capaces de interferir con el bienestar y la salud de las personas, atentar contra la flora y la fauna, degradar la calidad del medio ambiente o afectar los recursos de la Nación o de particulares" (art. 4º, Ley 23 de 1973), y relativamente a la fijación de las tasas retributivas, daño ambiental es "el que afecte el normal funcionamiento de los ecosistemas o la renovabilidad de sus recursos y componentes" (artículo 42 de la Ley 99 de 1993)".

Sobre la naturaleza de tal derecho:

"Trátase, según la jurisprudencia constitucional de un "bien constitucional que constituye un objetivo de principio dentro del Estado social de derecho (artículos 1º, 2º y 366 superiores), un derecho fundamental por conexidad al estar ligado con la vida y la salud (artículos 11 y 49 superiores), un derecho colectivo (ser social) que compromete a la comunidad (artículo 88 superior) y un deber constitucional en cabeza de todos (artículos 8º, 79, 95 y 333 superiores) ... también tiene el carácter de servicio público... forma parte de los derechos colectivos" ...cuya vía judicial de protección son las acciones populares (art. 88 superior)...", y cuya importancia "en la Constitución es de tal magnitud que implica para el Estado "unos deberes calificados de protección..." (Corte Constitucional, Sentencia C-595 de 27 de julio de 2010)".

En lo atinente a los titulares de dicha prerrogativa:

"Con esta orientación, el daño ambiental en rigor recae sobre el ambiente, esto es, un valor, interés o derecho público colectivo, supraindividual o más allá del individuo, cuyo titular es la colectividad en general, no un particular, ni sujeto determinado, o sea, el quebranto afecta, no a una sino a todas las personas, y "exclusivamente el medio natural en sí mismo considerado, es decir, las 'cosas comunes' que en ocasiones hemos designado como 'bienes ambientales' tales como el agua, el aire, la flora y la fauna salvaje. Se trata entonces de aquello que se ha convenido llamar 'perjuicios ecológicos puros' "(Geneviève Viney y Patrice Jourdain., "Traité de droit civil. Les conditions de la responsabilité", L.G.D.J., Paris, 1998, p. 55 ; a la locución, "daño ambiental puro" refiere la Ley 491 de 1999, art. 2º, inciso 2º, respecto del "seguro ecológico)".

Para finalmente, señalar de manera implacable:

*"El daño ambiental, **por naturaleza colectivo, consiste en la lesión a los bienes ambientales**, y también puede generar la de otros particulares. **Empero**, refiere propiamente al menoscabo del ambiente, aún **al margen** del quebranto directo o indirecto de otros derechos e intereses individuales". (...)*

*"Justamente, para la Sala, **daño ambiental sólo es el inferido a los bienes ambientales** y, por tanto, al ambiente, **o sea, a un derecho, colectivo, valor o interés público, cuyo titular exclusivo es la colectividad**, y cuya reparación versa sobre éste, **sin mirar el interés individual** sino el de toda la comunidad, así en forma indirecta afecte a cada uno de sus integrantes".*

Por otro lado, respecto del daño ambiental impuro, explica la guardiana de la Jurisdicción Ordinaria en su especialidad civil:

*"Contrario sensu, cuando el daño ambiental, ocasiona también un daño a intereses singulares, particulares y concretos de un sujeto determinado o determinable, el menoscabo atañe y afecta estos derechos, a su titular y su reparación versa sobre los mismos, **o sea, mira al interés particular y no colectivo**. En este supuesto, **no se trata de daño ambiental, sino del detrimento de otros derechos**, es decir, la conducta a más de quebrantar bienes ambientales, lesiona la esfera jurídica individual de una persona o grupo de personas, ya determinadas, ora determinables. Compréndase, por ende, la **nítida diferenciación del daño ambiental y el inferido a otros intereses particulares** como consecuencia directa o indirecta, inmediata, consecuente, refleja, conexas o de rebote del mismo evento dañoso".*

La prístina diferenciación a la que se ha hecho referencia, no simplemente es traída a colación al presente fallo a modo de retórica sin trascendencia, sino que tiene consecuencias definitivas en las resultas del caso que en este momento llama la atención de la jurisdicción, puesto que cada modalidad de daño ambiental, ya sea el puro o el impuro, en virtud de sus particulares características y titulares damnificados, tienen también acciones distintas destinadas a la reparación del pertinente perjuicio. De entrada, lo explica la Alta Corporación:

*"En el plano del daño ambiental estricto sensu, o más exactamente de los derechos colectivos, **las acciones populares** constituyen el mecanismo o instrumento idóneo, ex artículo 88 de la Constitución Política, y en cuanto hace a otros daños causados como consecuencia de la lesión ambiental a un número plural de sujetos, determinados o determinables, **las acciones de grupo y las ordinarias de responsabilidad civil**".*

Respecto de las acciones populares y de grupo la Sala de Casación Civil de nuevo con claridad replicó:

*"Para percibir mejor el asunto, **las acciones populares** tienden a la "protección de los derechos e intereses colectivos", su finalidad es la evitación del daño contingente, la cesación de un peligro, amenaza, vulneración o el agravio de aquellos o, la restitución de las cosas al statu quo anti (artículo 2º, Ley 472 de 1998), su función preventiva e indemnizatoria atañe al derecho o interés colectivo comprometido, más no a derechos e intereses particulares.*

*En cambio, **las acciones grupo**, cualquiera fuere el número de personas afectadas -la sentencia C-116 de 2008, declaró inexecutable el inciso 3º del artículo 46 de la Ley 472 de 1998, sobre la exigencia de un número igual o superior a veinte víctimas-, **procuran la declaración de responsabilidad por el daño ocasionado a derechos particulares con una causa convergente, común y uniforme a todos sus miembros**, independientemente de su fuente, legal o contractual, **exigen la plena demostración de la responsabilidad pretendida** y tienen por **finalidad única la reparación de los perjuicios causados a los integrantes del grupo mediante el pago de las indemnizaciones respectivas (...)**".*

(...)

"La acción de grupo, improcedente cuando la causa del daño no es uniforme u homogénea, no impide la protección de otros derechos violados ni el ejercicio de otras acciones, según advirtió la Corte Constitucional al declarar executable las frases "derivados de la vulneración de derechos e intereses colectivos" consignadas en el artículo 55 de la Ley 472 de 1998, "en el entendido de que con su interpretación y aplicación no se excluyan los demás derechos subjetivos de origen constitucional o legal, cualquiera que sea su naturaleza, como derechos igualmente amparables por las acciones de clase o de grupo" (sentencia C-1062 de 2000)".

Y en lo referido a la acción de responsabilidad civil, aclaró:

*"Per differentiam, **la acción ordinaria de responsabilidad civil** tiene por finalidad la reparación del daño directo y personal causado a uno o varios sujetos determinados o determinables, se dirige contra el agente o los varios autores in solidum (artículo 2344, Código Civil), y salvo disposición legal in contrario, **exige demostrar a plenitud todos sus elementos constitutivos, conforme a su especie, clase y disciplina normativa**".*

Añadiendo más adelante:

*"En síntesis, nada obsta el ejercicio de la acción de responsabilidad civil ordinaria para la reparación del daño inferido a una pluralidad de sujetos, ya en virtud del quebranto directo a su persona, integridad, derechos, bienes, valores e intereses, ora a consecuencia de la lesión al ambiente, **desde luego sometida a todas sus exigencias normativas**. Al mismo tiempo, el Código Civil consagra las acciones populares en los artículos 1005, 1006 y 2359 y la Ley 99 de 1993 las refiere en su artículo 75".*

Aclarado lo anterior, como se dijo en páginas precedentes, la primera fase de análisis en este tipo de asuntos de responsabilidad civil versa sobre el daño y el vínculo causal, y la segunda debe estar destinada al fundamento normativo de atribución de imputación, elementos de suma importancia que sirven de fuente de la obligación de reparar, y que en materia de responsabilidad ambiental su análisis también se torna complejo.

Así, en la providencia bajo análisis la H. Sala de Casación Civil realizó un estudio de tales elementos, especialmente del fundamento normativo de atribución de imputación, acudiendo al derecho comparado en referencia con lo establecido en la legislación internacional (Protocolo de 1992 que enmienda el convenio internacional sobre responsabilidad civil nacida de daños debidos a contaminación por hidrocarburos, 1969; Convenio de Bruselas de 1969, entre otros), así como a las legislaciones internas de Estados Unidos de Norteamérica, Brasil, Alemania y en el ámbito comunitario europeo. Igualmente, respecto del ordenamiento jurídico colombiano, hizo referencia a lo establecido en materia penal y contencioso administrativo.

Sobre el tópico, en la regulación del asunto en materia contencioso administrativo con relación a lo referido a la responsabilidad civil señaló:

"La fuente de dicha responsabilidad es la infracción ambiental, es decir, toda acción u omisión violatoria del Código de Recursos Naturales Renovables (Decreto ley 2811 de 1974), la Ley 99 de 1993, la Ley 165 de 1994, demás normas ambientales y actos administrativos de la autoridad ambiental competente. Del mismo modo, para los efectos exclusivos de la responsabilidad administrativa sancionatoria regulada en la Ley 1333 de 2009, "[s]erá también constitutivo de infracción ambiental la comisión de un daño al medio ambiente, con las mismas condiciones que para configurar la responsabilidad civil extracontractual establece el Código Civil y la legislación complementaria; a saber: el daño, el hecho generador con culpa o dolo y el vínculo causal entre los dos" (artículo 5º)".

Bajo ese faro orientador, se decanta que la norma vigente en la específica materia que ocupa la atención de este Juez Colegiado y aplicable al asunto de marras, es la ley 23 de 1973, respecto de la cual la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, desprende las siguientes glosas:

*"En efecto, el artículo 16 de la Ley 23 de 1973, al regular en forma precisa y particular el fundamento legal de la responsabilidad civil ambiental, tiene preeminencia y especialidad respecto del Código Civil y de otras leyes, como la Ley 1333 de 2009 relativa a la responsabilidad administrativa sancionatoria ambiental generada por la comisión de infracciones de esta naturaleza y a las sanciones imponibles en su virtud. **Se trata, por lo tanto de una regla especial, que precisamente es prevalente, preferente, preeminente y está vigente en toda su extensión.***

*Exactamente, en el ordenamiento jurídico colombiano, según disciplina con nítida precisión y claridad el citado precepto legal, los particulares son civilmente responsables por los daños ocasionados al hombre o a los recursos naturales de propiedad privada a consecuencia de acciones que generen contaminación o detrimento del medio ambiente, y por el daño o uso inadecuado de los recursos naturales de propiedad del Estado. **Basta por tanto una cualquiera de estas conductas, el daño y la relación de causalidad para el surgimiento de la responsabilidad civil.***

Bajo ese mismo hilo argumentativo, también se reconoce que la responsabilidad ambiental, tan específica como es, admite modalidades, entre ellas, la generada con hidrocarburos, sustancias peligrosas, desechos, basuras, etc. Sobre esta precisa temática, y en lo relacionado con los elementos de la acción de responsabilidad civil extracontractual por daño ambiental causado por hidrocarburos, la H. Corte refirió:

"La responsabilidad civil por contaminación ambiental causada con derrame de hidrocarburos bajo el Convenio de Bruselas de 1969, surge al margen de la culpa, la cual no se requiere, tampoco se presume, ni su ausencia demostrada o la prueba de la diligencia y cuidado es admisible para desvirtuarla.

*La lesión ambiental podrá causarse con dolo o culpa, pero no es menester para su constitución, tampoco su ausencia probada la impide ni basta para exonerarse, **pues el deber legal indemnizatorio dimana de la contaminación ambiental con hidrocarburos**, tanto cuanto más que el propietario del buque, "será responsable de todos los daños por contaminación causados por los hidrocarburos derramados o descargados desde el barco a resultas del siniestro", "salvo" en los casos regulados, en los cuales no podrá "imputarse" responsabilidad alguna".*

Para a continuación concluir:

*"Forzoso es concluir que, los únicos presupuestos o elementos estructurales de esta especie de responsabilidad, son el daño y la relación de causalidad, cuya carga probatoria incumbe a la víctima, **quien cuando reclama la reparación de su propio quebranto, debe acreditar a más del daño ambiental estricto sensu, el de sus derechos particulares e individuales, y el nexo causal**".*

De lo dicho, a partir de la diferencia ya explicada entre el daño ambiental propiamente dicho o puro, relacionado directamente con la protección del derecho al medio ambiente; y el daño ambiental impuro, afín con la protección de otros intereses de naturaleza particular; deviene claro para esta Corporación que tratándose de éste último, al actor le corresponde acreditar: **i)** la conducta dañosa, **ii)** el daño (tanto: **a)** daño ambiental en escrito *sensu como b)* daño a sus derechos particulares) y **iii)** el nexo causal, régimen muy similar al que se maneja en la responsabilidad civil por actividades peligrosas.

En claro lo anterior, se hace evidente el yerro en el que incurrió la Jueza Primera Civil del Circuito de Tumaco cuando concluyó que bastaba con la demostración del daño (en términos generales) y la relación de causalidad, pues tal simplicidad únicamente deviene cuando se trata de la reparación del perjuicio ambiental propiamente dicho; por el contrario, cuando se exige la reparación del daño ambiental impropio, relativo a intereses particulares como una indemnización económica (lucro cesante, daño emergente, daño a la vida de relación), se precisa demostrar además del menoscabo al medio ambiente, el padecido concretamente en sus propias prerrogativas particulares, carga que reposa exclusivamente sobre la parte actora.

Ahora, para el caso concreto, el apoderado de la parte demandada EP PETROECUADOR reprochó que el fallo de primera instancia adolecía de graves errores en materia sustancial, en materia probatoria y también de procedimiento. Así, respecto al trámite no esbozó razonamiento de fondo alguno, los que en todo caso estarían saneados en virtud del principio de la preclusión; No obstante, en lo atañadero a los sustanciales, ellos han quedado en evidencia conforme lo estudiado hasta aquí, y así mismo también acierta el alzadista en cuanto a las falencias en la valoración de los medios de prueba.

Al respecto, de la lectura atenta del fallo de primera instancia salta a la vista que del abundante caudal probatorio que forma el acervo de convicción, la Jueza Primera Civil del Circuito en el fallo de primera instancia, a efectos de determinar la atribución de imputación y nexo causal, únicamente refirió el estudio realizado por el biólogo Victor Reynel Cortes; a los testimonios en general, sin especificar de quienes ni en qué calidades, ni el contenido o razón de su dicho; y en relación con las personas naturales, algunos de "los interrogatorios de parte que rindieron quienes integran la activa"⁴, aseveraciones que fueron transcritas.

Sobre el tema, ya se decantó que es un requisito para la prosperidad de las pretensiones deprecadas a través de la acción ejercida, que la parte actora debe asumir en debida forma la carga de demostrar, además del daño ambiental propiamente dicho, la afectación de sus derechos particulares e individuales. Al respecto, llama la atención de esta corporación que la misma falladora de instancia reconoció en la sentencia objeto de apelación:

*"Revisados los interrogatorios de parte, de las personas naturales que integran la activa, se determinó que los interrogados manifestaron devengar diversas sumas de dinero, dependiendo de la actividad (pesca-pelado de camarón) a la que se dedicaban, afirmando unísonamente que sus ingresos mensuales fluctuaron, muy poco, **sin embargo no obra en el expediente material probatorio alguno que convalide, ratifique o evidencie dichas afirmaciones...**"*

De la lectura del párrafo transcrito, puede observarse que tal afirmación indica una conclusión diferente a la que llegó la Juez de primera instancia, puesto que las declaraciones que rinde la misma parte dentro de un proceso no pueden ser tomadas como medio de convicción a su favor, ya que es principio fundamental del derecho probatorio que nadie puede fabricar su propia prueba. Así lo tiene explicado la jurisprudencia nacional:

*"como lo enseñan elementales nociones de derecho probatorio, **jamás las expresiones notoriamente interesadas de la misma parte pueden favorecerla, pues, en esencia, este medio de prueba***

⁴ Fl. 3489 - C. 1-5.

únicamente ha de ponderarse por el fallador en cuanto contenga una verdadera confesión, o sea, solo cuando aparezcan manifestaciones que lleguen a producir consecuencias desfavorables a quien las hace⁵

Bajo ese entendido, la Sala considera que las personas naturales integrantes de la parte actora, no asumen la carga de demostrar el daño particular, individual y concreto a sus intereses, en este caso de naturaleza patrimonial, que se exige para la salida avante de sus pretensiones cuando se exigen a través del ejercicio de la acción de responsabilidad civil extracontractual por daño ambiental, para el caso, impropio.

Ahora, de la revisión del acervo probatorio obrante en el plenario, pueden destacarse los siguientes medios de convicción:

- Evaluación de la contingencia de la afectación por derrame de petróleo procedente del Ecuador a los parques nacionales naturales Gorgona y Sanquianga, elaborado por el Ministerio del Medio Ambiente, de las oficinas de Parques Nacionales Naturales Regional Sur Occidente con sede en la ciudad de Cali. En él, se informa la presencia de crudo o petróleo a partir de julio veintitrés (23) de mil novecientos noventa y ocho (1998), y de manera especial, en el Parque Natural Sanquianga, que tiene 80.000 hectáreas, y en donde se encuentra la cabecera del municipio de Mosquera⁶.

- Oficio de fecha cuatro (4) de septiembre de mil novecientos noventa y ocho (1998), dirigido por Heliodoro Sánchez Páez, coordinador nacional del proyecto MANGLARES DE COLOMBIA, dirigido a la Dra. Ángela Andrade, Directora Técnica de Ecosistema del Ministerio del Medio Ambiente. Se adjuntó al mismo, copia del informe de la visita que realizó el ingeniero Omar Guevara, quien es consultor del proyecto Manglares de Colombia, en relación con las zonas afectadas por el derrame de crudo de tres (3) de julio de mil novecientos noventa y ocho (1998), y se agregó junto con un mapa de las zonas que fueron afectadas por la contaminación de crudo, clasificando la Costa Pacífica nariñense en tres zonas, de alto, medio y bajo impacto y en la zona del Parque Natural Sanquianga, aparece de bajo impacto y en donde se encuentra el municipio de Mosquera y residencia de los demandantes⁷.

- Ratificación de lo contenido en el trabajo de Nohora Del Carmen López Salgado, de profesión bióloga marina con especialidad en pesquerías y manejo ambiental, de 59 años de edad. Se ratificó como autora del estudio denominado los perjuicios del derrame de Oleoducto Trans-ecuadoriano, sobre el hábitat y las pesquerías de los pequeños peces pelágico costeros, que revisado el documento que se encuentra anexo en el expediente corresponde al elaborado por su persona, entre julio a septiembre de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Luego de referir sus estudios y amplia experiencia profesional, manifestó que según el estudio realizado, el derrame de crudo que fue su objeto de investigación en mil novecientos noventa y ocho (1998), afectó las zonas de las pesquerías de los pequeños pelágicos costeros, agregando que no sólo afectó el hábitat, sitios de incubación embrionaje larval y desarrollo, sino que lo más delicado fue la afectación de todo el ecosistema del manglar que como es conocido internacionalmente, es donde se originan las $\frac{3}{4}$ partes de la pesquería mundial y para Colombia el área de mayor intensidad del manglar así como su índice de diversidad.

Agregó la testigo que solicitó información primaria solicitada en su momento a los representantes del Comité de Emergencias y de la Capitanía del Puerto de Tumaco y del Director del Centro de Control de Contaminación de la Armada Nacional, se indicó la fecha y forma de ocurrencia de los hechos por la rotura del oleoducto transecuatoriano, en cercanías de Winchelé, llegando el crudo de petróleo a los ríos Teaone y Esmeraldas, luego, en tres días ya se empezaron a ver las manchas de crudo en diferentes puntos del litoral nariñense. Agregó que lo que hizo que la mancha llegara al litoral nariñense fue la Alta Dinámica Hidráulica Oceánica y Costera del Pacífico Suramericano, en especial el sur colombiano, donde existen diferentes corrientes marinas, y las corrientes de marea. Que las condiciones de sumas de corrientes que se presentó en la época del derrame, ayudó a que la mancha por ser flotante en superficie entrara con mayor facilidad a las bocanas, esteros y algunos brazos del río Mira, a las partes internas y se desplazara en dirección Norte - Noroeste.

⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, sentencia del 28 de marzo de 2003, exp. 6709. M.P. Cesar Julio Valencia Copete.

⁶ C. de pruebas de la parte demandante No. 4.

⁷ C. Ibídem.

Frente a los fenómenos del niño y de la niña y su incidencia en la reducción y migración de especies, manifestó que los cambios de temperatura, como otros factores físico químicos, tienen incidencia en los seres vivos, pero no en el caso de los pequeños pelágicos (peces) pueden fluctuar sin mayores problemas por los cambios de temperatura. En especial, agregó que los fenómenos de la niña y del niño no afectan a la especie, puesto que los cambios por ellos producidos son graduales, que permiten que los mecanismos de defensa se activen, lo que no ocurre con un derrame de petróleo que por ser inminente no permite que las especies de poca o nula movilidad puedan escapar como son las larvas, huevos, plancton, lo que si es mortal.

Agregó que si bien su estudio no aborda de manera directa el tema de la contaminación por parte de los habitantes de las Costas de Tumaco y del Litoral Nariñense, manifestó que la zona a la que se refiere el proceso es distinta, por ejemplo, a la de Cartagena, en donde se encuentran asentadas distintas empresas que arrojan contaminantes como mercurio, carbones y otros químicos. En la ensenada de Tumaco, los desechos son domésticos de pesquerías o madereras, que se clasifican como orgánicos y son mucho menos contaminantes que el crudo de petróleo, que contienen hidrocarburos aromáticos policíclicos.

En otro aparte de su declaración manifestó que tiene conocimiento de otros derrames de petróleo que se habían presentado en el litoral nariñense, señalando que uno de ellos fue en 1996 de la Motonave Daedalus, pero que en ese caso se derramaron 1.500 barriles de petróleo, mientras que en el que nos ocupa fueron 18.000. (En todo caso se basa en sus recuerdos, no en documentos oficiales).

- Dictamen pericial (aclaración) de Luz América Ayala Mantilla, perito financiero - PROTEÍNAS DEL MAR⁸, a él se encuentra anexo un documento denominado: *"Los Perjuicios del Derrame del Oleoducto Transecuatoriano Sobre El Habitat y las Pesquerías de los Pequeños Pelágicos Costeros"*, suscrito por Nohora López Salgado, bióloga marina y asesora ambiental y pesquera.

Allí se mencionó que el desastre causado en el litoral nariñense por el derrame de aproximadamente 18.000 barriles de petróleo ocurrido a primeras horas del día tres de julio de 1998 en el oleoducto transecuatoriano en sector comprendido entre Santo Domingo de los Colorados - Winchele -Esmeraldas - República del Ecuador, por falta de acción inmediata, el no bloqueo físico de la mancha y la no aplicación de un plan de contingencia apropiado y oportuno por parte de la Empresa PETROECUADOR, permitió que el petróleo alcanzara el mar y por acción de la dinámica fluviomarina, las condiciones climáticas y de corrientes oceánicas, tomar rumbo N-NE, llegando al sector del mar territorial colombiano y posteriormente sobre la zona costera del Departamento de Nariño, República de Colombia.

El derrame ocasionó graves daños y perjuicios al paso de la mancha y peor aún el que causó al permitir que llegara al litoral, afectando profundamente el ecosistema por el tipo de suelos, la geomorfología costera, la existencia de esteros y bocanas por las que entra el mar al continente, lo que facilitó también el acceso del petróleo a una zona tan delicada y vulnerable como son los ecosistemas estuarinos, de manglares, su flora y fauna asociada; contaminando y destruyendo algo muy importante para la región como son los recursos hidrobiológicos que habitan y se desarrollan en el plano inundable y la zona costera hasta las ocho a diez millas náuticas, afectando fuertemente las pesquerías de varias especies, entre ellas la de pequeños pelágicos costeros, como la carduma y la plumada, materia prima para la elaboración de la harina y aceite de pescado fresco, incidiendo negativamente en la producción, calidad y volúmenes a comercializar de estos productos, lo que a su vez ha causado graves perjuicios a la empresa PROTEÍNAS DEL MAR LTDA. PROTEIMAR LTDA y a los que de ella dependen.

Dentro de las características del litoral de San Andrés de Tumaco, se describe: Esta dinámica fluviomarina ha permitido la formación no solo de extensos bosques de mangle, sino que además soporta el desarrollo de importantes ecosistemas estuarinos, base fundamental para el mantenimiento de una gran biodiversidad aérea, terrestre, anfibia, acuática, fito y zooplanctónica que ha hecho de la región un criadero natural por excelencia y una zona primordial e irremplazable para la naturaleza en sí y por el desarrollo de importantes especies hidrobiológicas

⁸ FL 1530 - C. pruebas de los demandados No. 4.

pesqueras como los pequeños pelágicos costeros, entre los que se destacan la carduma CETENGRULIS MYSTICETUS y la plumada OPHISTHONEMA SPP, principales especies en las pesquerías de Proteínas del Mar Ltda. y de la que dependen también los artesanales y varios industriales de la pesca nariñense.

Más adelante se resaltó que el litoral nariñense está cubierto casi en su totalidad por bosques de manglar y estos ecosistemas de manglar se comportan como un sistema abierto dependiente de los flujos y reflujos hídricos que facilitan el intercambio de nutrientes y el aporte de materia orgánica que incorporan al medio, lo que hace de estos lugares en el sentir de muchos especialistas, como las zonas de mayor productividad hidrobiológica en el planeta, pues es allí en donde se desarrollan importantísimos procesos de transformación y utilización de la energía producida en los diferentes eslabones de la cadena trófica, en ellos se encuentran asociaciones de comunidades algales e invertebrados unidas a las raíces y troncos de Rhizophora, o neumatóforos de avicennia, en su substrato fangoso habitan un sinnúmero de organismos bentónicos, que a su vez sirven de sustento a otros organismos, llegando a estimarse que casi las 2/3 partes de las especies ícticas mundiales, entre ellos los pequeños pelágicos costeros, nacen y dependen de los manglares, sus detritos y las zonas estuarinas para su desarrollo, constituyéndose en áreas propias para la reproducción, el desove y alimentación de múltiples especies de larvas y postlarvas de crustáceos, moluscos, insectos, poliquetos y peces entre otros, al igual que sitio de refugio y anidación de aves, anfibios y reptiles.

Que la productividad primaria de estos ecosistemas asociados se estima entre 10 a 14 toneladas / hectárea / año;... pero, no se puede olvidar como es de conocimiento universal, que este tipo de ecosistemas tropicales, así como son de una alta productividad también se una altísima fragilidad y vulnerabilidad, máxime cuando el agente contaminante es el petróleo, mezcla natural de hidrocarburos y otros compuestos orgánicos que destruyen a su paso toda posibilidad de vida en el momento mismo y en el tiempo. Así que *"el derrame sucedido el 03 de julio de 1998 y posteriores, procedentes del oleoducto Transecuatoriano por rotura en Santo Domingo de los Colorados y Winchele, Esmeraldas - Ecuador, produjo unos daños inmediatos, otros daños mediatos, otros a un tiempo impredecible y lamentablemente otros irreversibles"*. (No se dice nada de donde extrajo la cita).

- Dictamen pericial presentado por el perito Victor Reynel Cortes. En el documento denominado *"Peritazgo del derrame de crudo ocasionado por PETROECUADOR el 3 de julio de 1998"*, presentado el diez (10) de diciembre de dos mil siete (2007), se abordan temas como: informe del derrame de crudo sucedido el tres (3) de julio de mil novecientos noventa y ocho (1998) en la localidad de WINCHELE, provincia de Esmeraldas, República del Ecuador. Informe sobre la visita ocular realizada al lugar del accidente en julio de mil novecientos noventa y ocho (1998), volumen vertido de crudo, contrato ECOPETROL - PETROECUADOR. Disposición de 60.000 bultos originados del derrame de hidrocarburos causado por EP PETROECUADOR y dispuesto en seis localidades de la ensenada de Tumaco. Toxicidad de los Hidrocarburos. Degradación físicoquímica de los hidrocarburos, análisis químico, cálculos del tiempo de degradación del Crudo. Informes IMPA - INCODER de los desembarcos de material hidrobiológico en el puerto de Tumaco para el periodo pre-derrame 1990 - 1997. Informes IMPA - INCODER de los desembarcos de material hidrobiológico en el puerto de Tumaco para el periodo POST derrame 1999 - 2006. Análisis estadístico de los desembarcos Prederrame vs. Postderrame. Evaluación de los parámetros físicoquímicos de las aguas de la ensenada de Tumaco y la costa nariñense. Evaluación del derrame de crudo ocasionado por ECOPETROL ocurrido el veintiséis (26) de febrero de mil novecientos noventa y seis (1996) y los efectos causados por el derrame de petróleo del tres (3) de julio de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Respecto del tiempo de degradación del crudo, expresó en sus conclusiones que el efecto del dispersante es igualmente catastrófico por sí mismo como *"esconder"* de la vista la mancha, pues el dispersante actuaba con una eficiencia aproximada de un 53%, lo cual significa que de 6.865 barriles que no se recuperaron, una parte llegó al manglar, otra parte se depositó en el fondo del mar y el resto continuó su camino en dirección noreste.

Agregó que a los 6865 barriles de crudo no recuperados se le debe sumar 7894 barriles recuperados en 60.000 saquillos que para la fecha, aún permanecían en seis localidades de la costa nariñense, recontaminando el medio ambiente, lo cual podría elevar la cantidad de crudo que afecta la costa nariñense en 14.759 barriles.

- Informes IMPA - INCODER de los desembarcos de material hidrobiológico en el puerto de Tumaco para el periodo pre derrame 1990 - 1997. Refirió que en la década de los 90 cada barco de pesca industrial sacaba como promedio alrededor de 3.099 lb/cola/año de langostino, pero después del año de 1998 cuando sucedió el derrame de crudo

de EP PETROECUADOR los promedios cayeron por barco a 1.086 lb/cola/año. (...) a raíz de los derrames de crudo de Ecopetrol (febrero de 1996) y EP PETROECUADOR (3 de julio de 1998) y el aumento de la pesca artesanal las capturas promedio anual de cada embarcación dedicada a la pesca industrial cayó alrededor de 1.086 lb/cola/año.

Sobre este tema concluyó que los desembarcos de los productos hidrobiológicos en el puerto de Tumaco después de haber transcurrido nueve años del derrame de crudo de EP PETROECUADOR han disminuido en un 51.5% en el caso de los moluscos, crustáceos en un 35.6% y los peces en un 33.3%, manifestando con claridad que esta disminución no se puede responsabilizar a la carencia de plantas de tratamiento de aguas residuales de las poblaciones de la costa nariñense dado que los parámetros físicoquímicos actuales de las aguas marinas y estuarinas no han llegado a un punto crítico para la vida marina.

La abundancia antes existente en los estuarios de alevines, crustáceos, moluscos, etc, no es igual hoy en día, ya que la cantidad de especímenes en sus primeros estadios de vida se refleja en poco tiempo en la densidad poblacional en los mares y océanos, en especial en la pesca artesanal de la ensenada, y la verdad es que según los datos estadísticos, la información no era alentadora.

Se indicó que el mar tiene una capacidad de recuperación increíble, pero frente a una contaminación de hidrocarburo, la capacidad de recuperación puede durar años dependiendo de la complejidad del crudo. Finalmente, se concluyó se puede conceptuar que no existe fauna marina, pero los volúmenes que se han capturado antes hoy ya no existen y eso está claro en la estadística del INCODER citada en el trabajo.

- Respuesta a solicitud, enviada por La Capitanía del Puerto de Tumaco. Fechada el quince (15) de junio de dos mil siete (2007), suscrita por el Capitán de Corbeta Armando Adolfo de Lisa Bornachera, Capitán del Puerto de Tumaco, en el cual se presentó copia del informe de los efectos del derrame de hidrocarburos M/N DAEDALUS de bandera griega, en el año de mil novecientos noventa y seis (1996), y el fallo de primera instancia dentro de la investigación administrativa No. 100 adelantada por presunto siniestro marítimo.

Además, allí se relacionó la información suministrada por su base de datos en donde constan que desde mil novecientos ochenta y nueve 1989 hasta la fecha, se encuentran 12 investigaciones por contaminación, ocurridos en aguas marítimas del Pacífico Colombiano.

Anexo de la anterior respuesta, se encuentra un informe ecológico, suscrito por Hector Nazario Rentería, el cual se encuentra referido al derrame de petróleo ocurrido en el año de mil novecientos noventa y seis (1996) en la costa de Tumaco, y que tuvo por objetivo dar a conocer los daños ecológicos por el derrame de un promedio de 700 barriles de hidrocarburos de la Bahía de San Andrés de Tumaco, el día veintiséis (26) de febrero del año mencionado, cuando cargaba crudo de propiedad de ECOPETROL., la M/N DAEDALUS (tanquero) de nacionalidad griega.

Allí se informó que en el Pacífico Colombiano (sin de terminar lugares o zonas geográficas exactas) han ocurrido derrames de hidrocarburos, ocasionados por tanqueros. Las autoridades ambientales, como las administradoras de los recursos naturales no poseen estudios profundos sobre las riquezas de ecosistemas marinos del pacífico, especialmente, del área de San Andrés de Tumaco. Que además, el centro del Control de Contaminación del Pacífico ha adelantado estudios por contaminación de hidrocarburos desde 1987 con muestreo de los sitios afectados, y monitoreo sobre residuos de petróleo.

Dentro del acápite de daños ecológicos, se determinó que el derrame de hidrocarburos ocurrido en el año de mil novecientos noventa y seis (1996), que ocurrió apenas dos años antes al que ahora ocupa la atención de la Sala, causó daño crítico a las comunidades fitoplanctónicas, en su mayoría de especies, organismos zooplanctónicos incluyendo cantidad de larvaceos parte de la cadena alimenticia frecuentada en la zona por donde el crudo hizo estragos. En el sector del municipio de Francisco Pizarro, Comunidad la Playa y Salahonda punto de la Playita, afectada en su totalidad en el recurso de Almejas y Conchas Pianguas.

Algunos pescadores de la región se vieron afectados por el hidrocarburo, ya que los peces se desplazaban en busca de alimento (Plancton) a otros sectores. En lo atiente a la metodología, se manifiesta que se entrevistó a la mayoría del personal que se dirigía a faenas o captura de pianguas antes y después; notándose bajas de acuerdo a

la recolección normal. Se hizo perforaciones en la playa para promediar la recuperación a la fecha (transcurriendo 7 meses después) no se observó crías vivas de almejas, encontrándose pequeñas cantidades de crudos en bolsillos o perforaciones.

- Documento denominado Boletín Científico Centro Control Contaminación del Pacífico CCCP. Data del año de **1995**, es decir, tres años antes al hecho que ocupa actualmente la atención de la Sala, y en el aparte denominado "*Estudio sobre dispersión de hidrocarburos en puntos álgidos*", se indicó que con base en los anteriores resultados y observaciones de campo, se hicieron modificaciones al monitoreo de la contaminación marina por hidrocarburos de la costa pacífica colombiana, pasando del estudio de detección de puntos álgidos, al estudio de estos sitios y sus zonas de influencias, con el objeto de combatir sus fuentes de contaminación a corto plazo. El estudio en los puntos álgidos produjo los siguientes resultados:

Promediando los valores de hidrocarburos totales en sedimentos (HTS), registrados en las diferentes zonas a las tres distancias del foco de contaminación, se determinaron los máximos valores en la ensenada de Tumaco con 282.76 Ug/g, le siguieron Buenaventura con 192.51 Ug/g, bahía Málaga 9.05 Ug/g y Bahía Solano 6.92Ug/G. Allí se estableció que los altos resultados en Tumaco se atribuyen a la influencia de los residuos del terminal de ECOPETROL que tuvieron en su foco una concentración de 1452.03 Ug/g, y un promedio para los tres sectores muestreados de 623.18 Ug/g, con el agravante, que los sedimentos siguen contaminados más allá de los 50m del sitio de vertimiento de los residuos.

Además, se precisó que las mayores concentraciones de HTS en los focos se registraron en orden descendente en las estaciones Terminal de Ecopetrol, Homogeneizado Buenaventura y Muelle Petrolero. Respecto de los hidrocarburos aromáticos, la fracción mas tóxica del petróleo, se encontró en altas concentraciones en los focos del terminal de ECOPETROL en Tumaco con 218.9 Ug/g, le siguió el Homogeneizado Tumaco con 42.43 Ug/g (...).

Finalizando el estudio respecto de dicho año, es decir mil novecientos noventa y cinco (1995), tres años antes de la ocurrencia del hecho que actualmente ocupa la atención de la Sala, que de la comparación de los resultados obtenidos en el presente trabajo con los reportados en otras áreas del mundo como por ejemplo la bahía de California (...) era posible observar que en el foco del terminal de ECOPETROL y del Homogenizado Buenaventura, las concentraciones están por el orden de los sitios más contaminados de las bahías de New York y California.

- Ahora, en las pruebas o informes inicialmente comentados se hace alusión a que los fenómenos como el Niño o la Niña no tenían ninguna incidencia en la migración o disminución de especies en la Costa Pacífica Nariñense. No obstante, también obra en el legajo probatorio el Boletín Científico del CENTRO CONTROL CONTAMINACIÓN DEL PACÍFICO CCCP⁹, en donde se advierte:

Respecto de la amenaza del "*fenómeno del niño*", señaló que éste considerado parte del clima mundial y local, en sus efectos altera totalmente las condiciones climáticas marinas, produciendo efectos desastrosos sobre la población y la economía. Los eventos del niño son aperiódicos oscilando entre 2 a 7 años con diferentes intensidades. Se produce en el Océano Pacífico y repercute en todo el globo terráqueo, alterando el sistema climático. Cuando no hay evento niño los vientos alisios del Norte y del Sur son fuertes soplando de oeste a este, las corrientes marinas se dirigen en esta misma dirección, apilando las masas de agua al occidente, por lo cual el nivel del mar es más alto allí. Este movimiento hace que lleguen aguas frías y ricas en nutrientes a las Costas Sudamericanas, especialmente en Chile, Perú, Ecuador y Colombia en menor proporción, haciendo que estas sean muy productivas en el recurso pesquero.

Cuando aparece "El Niño", los vientos alisios se debilitan, las corrientes se invierten arrastrando las masas de agua cálida del occidente, calentando las aguas costeras sudamericanas, disminuyendo así el aporte de nutrientes y por ende la pesca, aumentando el nivel del mar, produciendo lluvias y sequías. La amenaza del "*fenómeno del niño*" se centra sobre la biota y las pesquerías. Sobre el continente, generando sequías o precipitaciones, estimulando la erosión. Sobre la población destruyendo sus viviendas y sus bienes y afectando sus condiciones de vida. Sobre la agricultura, la ganadería, la industria, el transporte y en sí todos los sectores de la economía.

⁹ Fl. 310 - Cuaderno de Pruebas de la parte demandada No. 1.

En adición, en el aparte de amenazas y riesgos producidos por factores antropogénicos, referido a las amenazas y riesgos que surgen del hombre o de sus actividades, se encuentra indica que según el estudio de la Fundación San Francisco, DANE, PLANEACIÓN MUNICIPAL INPA, Alcaldía, CCCP, las causas de la contaminación en Tumaco se deben a:

- Expansión urbana: Tasa de crecimiento anual de 0.9%
- Vertimiento de aguas residuales: 8.380.546 m³/año.
- Vertimiento de desechos sólidos: 57.84ton/día.
- Transporte de Petroleo: 136.000 Ton/mes
- Transporte de Cabotaje: 3.840.000 galones de combustible.
- Embarcaciones: 1500 gal Aproximadamente.
- Agricultura: 14.000 Ha palma africana, 20000 Ha Cacao.

- CCCP boletín científico denominado *“Evaluación del impacto de derrames de hidrocarburos en la ensenada de Tumaco. Comprobación de los planes de contingencia”*. Relacionado también con el derrame de crudo ocurrido en el año de mil novecientos noventa y seis (1996)¹⁰.

En el acápite de antecedentes se relacionó que existen datos históricos sobre derrames de hidrocarburos en la bahía de Buenaventura y la ensenada de Tumaco.

- En 1975 se registró el derrame de 2400 barriles de Fuel Oil en el muelle petrolero de Buenaventura;
- En 1976 a causa del hundimiento del buque tanquero *“Saint Peter”*, se alertó sobre el peligro de derrame de 33.000 toneladas de crudo en Tumaco.
- Se registró también otro derrame significativo en 1982 y últimamente en febrero de 1996.

En los análisis del Hidrocarburos aromáticos realizados a través de cuatro muestreos realizados durante el mes de marzo, después del derrame, se observó lo siguiente: en los tres primeros muestreos se marcó un fuerte incremento del comportamiento histórico (datos de cinco años), observado en los años anteriores; las concentraciones son bastante heterogéneas pero mostraron una alteración del medio acuático. Los valores promedios de Hidrocarburos Aromáticos en aguas para el Pacífico Colombiano en los últimos cinco años no han sobrepasado de 0.50ug/l. Los valores obtenidos, son base para afirmar que los hidrocarburos totales (Aromáticos más alifáticos), presentes en el agua estuvieron muy por encima de la norma antes mencionada.

Que durante los primeros días la contaminación fue de carácter puntual, pero, alrededor de la época en que se efectuó el tercer muestreo, la contaminación se dispersó y cubrió los extremos de la ensenada, alcanzando todos los puntos seleccionados en el estudio.

Los resultados del cuarto muestreo, indicaron unas condiciones normales por parte de los hidrocarburos aromáticos en aguas, lo que puede deberse a la gran dinámica y a los cambios mareales, los cuales facilitan una gran dilución con aguas oceánicas menos contaminadas. Las concentraciones detectadas son drásticas para la microfáuna, estados larvales y algunos organismos superiores, debido a su alta sensibilidad ante esta clase de tóxicos. Para los organismos que absorbieron pequeñas fracciones de residuos del contaminante, y de alguna forma resistieron esa *“dosis”*, sus efectos serán observados dentro de un periodo de tiempo no mayor a un año.

- Ahora, debe recordarse que en el informe Boletín Científico del CENTRO CONTROL CONTAMINACIÓN DEL PACÍFICO CCCP¹¹ se había advertido que el *“fenómeno del niño”* afectaba la actividad de la pesca, y en relación con ello, reposa en el plenario el documento denominado *“Análisis de los Eventos Enos y su Relación con el Clima y la Producción del Cultivo de Palma de Aceite en Tumaco, durante El Niño 97/98 y La Niña 99/01*¹².

¹⁰ Fl. 341 - Cuaderno de Pruebas de la parte demandante No. 1.

¹¹ Fl. 310 - Cuaderno de Pruebas de la parte demandada No. 1.

¹² FL 365 - Cuaderno de Pruebas de la parte demandada No. 1.

Allí, en el acápite denominado manifestación del niño y de la niña en el pacífico colombiano, se establece que: En Pabón (1990) y Pabón Montealegre (1992), se han establecido los ciclos característicos de los eventos ENOS y se ha analizado la manifestación de El Niño y La Niña en el pacífico colombiano, mediante el análisis detallado del comportamiento histórico de las anomalías de TSM y del NMM en Tumaco y Buenaventura, y su relación con los indicadores globales de la presencia del ENOS. En este periodo fue posible identificar los eventos El Niño muy fuertes de 1982 -1983 y de 1997-1998; el fuerte de 1991 - 1992, y los moderados de 1986 y 1987. Se apreciaron los eventos La Niña 1988-1989 y 1999 y 2000.

Y más adelante se especificó en el acápite El Niño 97/98 y La Niña 99/01 en el ambiente marino del Pacífico colombiano, que a diferencia de los años La Niña y normal, los nutrientes exhiben bajas concentraciones en los primeros 50m, observándose en todos los casos un núcleo ubicado en las cercanías de la isla de Malpelo y una intrusión de aguas al Suroeste. A lo largo de la costa la presencia de sales nutritivas es muy baja. Normalmente las aguas que caracterizan años El Niño son pobres en nutrientes, lo cual se refleja en la baja cantidad de organismos presentes en el área. Durante este periodo también se registran los valores más bajos de clorofila "a".

Luego, en el acápite denominado impacto socioeconómico de los eventos ENOS, se dice que en términos generales, se puede afirmar que los impactos negativos que El Niño genera afectan, significativamente, los sectores agrícola y eléctrico del país, así como el suministro de agua potable y los índices de calidad de vida de la población nacional. Según datos de diferentes organismos nacionales e internacionales, El Niño 1991/92 se asoció con pérdidas cercanas a los US\$3000 millones y durante el evento 1997/98 se estimó que las pérdidas fueron de, aproximadamente, US\$600 millones. Carvajal, realizó una clasificación de los estragos causados por El Niño 1997/98 en Colombia, discriminándolos por sectores económicos y obtuvo los siguientes resultados para el sector pecuario: La pesca marina se redujo en promedios anuales del 52% en el océano pacífico colombiano.

- También, fueron remitidos los estudios de "*Geomorfología General y Sedimentológica de la Bahía de Tumaco, 1998*" y "*Estudio y Evaluación de la contaminación marina por metales traza en zonas del pacífico Colombiano Fase 1, Bogotá D.C. 1993*"¹³. Los cuales no resultan útiles, pertinentes o conducentes, en tanto no se relacionan en nada con la materia que nos ocupa; No obstante, sólo en uno de sus apartes se describe lo siguiente: La Bahía de Tumaco puede considerarse como un sistema estuarino que mantiene constante comunicación con el océano durante todo el año, con un fuerte componente mareal, lo cual determina una alta fluctuación en su área debido a las mareas semidiurnas. A ella confluyen diferentes efluentes de residuos industriales y descargas, sin tratamiento previo, del rudimentario sistema de alcantarillado. Tumaco cuenta con una población de 60.000 habitantes. Es una región en la cual se ha venido verificando un vertiginoso desarrollo especialmente en las áreas de acuicultura, pesca y explotación agrícola.

- Ahora, de singular importancia para el asunto que ocupa ahora la atención de la jurisdicción, es la respuesta remitida por parte de la Dirección General Marítima Centro Control Contaminación del Pacífico¹⁴, en donde se describe que: Con base en el proyecto de investigación titulado "*Calidad de Aguas del Pacífico Colombiano*" se obtuvo para diciembre de 2007 los resultados de acuerdo al anexo 1, en la estación "*Vaquería*", la cual corresponde al punto más cercano del área afectada por el derrame de hidrocarburos el 3 de julio de 1998 objeto de investigación y cumplen con la condición de revaloración expresada en mencionado literal (anexo 1). En él, se aclara que cuando se produjo el derrame, el análisis de las aguas se concentró en la determinación de Hidrocarburos Aromáticos Totales; para esa época era tecnológicamente imposible para el CCCP determinar cual era la composición de estos hidrocarburos. A la fecha, las mediciones efectuadas en la ensenada de Tumaco se concentran en los 16 compuestos determinados como los más perjudiciales denominados Hidrocarburos Aromáticos Policíclicos (HAPs) que tan solo son un pequeño grupo de los Hidrocarburos Aromáticos Totales.

Que teniendo en cuenta lo anterior, los resultados de los monitoreos efectuados en 1998 no son comparables con los obtenidos a esta fecha. Como figura en el informe, para diciembre de 2007, las concentraciones de HAPs no superan los niveles límites establecidos en las directrices para la calidad de sedimentos para la protección de la vida acuática del Canadá, SQC (Sediment Quality Guidelines), al igual que el límite de 3.9ug(g, establecido por la NOAA. Y literalmente señala:

¹³ Fl. 450 C. Pruebas de la demandada No. 2.

¹⁴ Fl. 1412 y reverso - C. pruebas de los demandados No. 3.

(...) este centro ha efectuado el seguimiento de la concentración de Hidrocarburos Aromáticos Policíclicos en siete puntos de la Bahía de Tumaco, siendo el más cercano al área de Cabo Manglares la estación denominada Vaquería anteriormente citada. En este punto se monitorean esos parámetros químicos, los que pueden provenir de diversas fuentes. El anexo 1 permite observar los resultados de esa estación. Teniendo en cuenta lo anterior, en este punto no se evidencia niveles por encima de los normales.

Además, aclaró: *"me permito informar que no competencia de este Centro hacer un seguimiento sobre la producción pesquera de la región, y tampoco se han desarrollado proyectos de investigación al respecto".* Y en el acápite de conclusiones se precisó: *"Al no existir evidencia de la presencia de HAPs en el sector, el comportamiento del componente biológico antes mencionado se relaciona con el comportamiento de la temperatura del mar"*¹⁵.

- Por otra parte, Beatriz Mancilla Páramo, perito dentro del proceso, presentó la aclaración y complementación decretada por el despacho A Quo en 62 folios¹⁶. Allí se dice que: En la primera parte se demuestra como a través de los años en el mundo los recursos se han ido agotando por los intensos esfuerzos de pesca ejercidos con artes de pesca que abarcan desde líneas de mano hasta redes de enmalle con cientos de kilómetros de extensión.

Que Colombia no ha sido la excepción a esta situación mundial y que por ello se ve que las pesquerías han ido disminuyendo con el paso del tiempo algunas como el camarón de aguas someras pasaron, de ser un recurso de altos rendimientos a ser un sistema disminuido.

En la introducción, se establece que si bien el estudio no pretende ser concluyente con la exactitud del comportamiento de la naturaleza frente a una emergencia ambiental por contaminación de petróleo, sí se dan algunas conclusiones sobre el comportamiento de las pesquerías. Para elaborar el presente documento se tuvo en cuenta la información producida por entidades como el Instituto Nacional de los Recursos Naturales Renovables y del AmbienteINDERENA, Instituto Nacional de Pesca y Acuicultura INPA, Instituto Colombiano de Desarrollo Rural INCODER y la Corporación Colombia Internacional CCI.

Los resultados obtenidos se refieren a la estructura de los desembarques de los recursos pesqueros y no se define la situación de los recursos hidrobiológicos que forman parte del ecosistema de la cuenta del Pacífico Colombiano, ya que los directamente implicados en la problemática en cuestión son los recursos pesqueros, en especial a los referentes de peces, crustáceos y moluscos.

Que en cuanto a la situación de la pesca en Colombia se puede visualizar que las capturas están principalmente determinadas por los recursos pesqueros del pacífico colombiano que muestra desde 1995 que dominan totalmente el panorama siendo principalmente representado por las capturas de túnidos y peces pequeños pelágicos del tipo carduma. Esto ha hecho que las pesquerías del Pacífico sean de alta relevancia con unos recursos de alta biodiversidad y el sistema de mayor abundancia en las pesquerías del país.

Teniendo como base este comparativo, se analizó la situación de la pesca en el Pacífico colombiano separando los recursos de peces crustáceos y moluscos donde se puede visualizar que en los recursos ictiológicos los pelágicos oceánicos son los de mayor producción y han oscilado con años buenos 1997, 2001 y 2005 y años malos especialmente 2002 los pelágicos costeros si tiene una tendencia hacia la disminución, mientras que los pelágicos medianos y los demersales se encuentran en niveles estables.

Además, que otros recursos de gran importancia no solo ecológica y pesquera sino comercial son generadores de altos niveles de divisas para el país, como lo son el camarón o langostino. Hasta el 2001 los recursos del Pacífico como camarón titi, tigre y langostino estaban en un comportamiento positivo pero a partir de ese año los recursos han disminuido considerablemente. Sin embargo, los crustáceos del tipo congrios se han aumentado desde el 2001.

En las conclusiones se puede observar:

¹⁵ Ibíd. Fl. 1415.

¹⁶ Ibíd. Fl. 1425.

Que se deduce que el impacto del esfuerzo pesquero está claramente determinado como una acción que hace que las pesquerías estén disminuyendo como se puede observar por las respuestas de las tablas 2, donde se visualiza el impacto de la pesca en el Pacífico, tabla 7 y 12, diferencias entre pesca industrial y artesanal, tabla 15 y 21 figura 11, que visualiza claramente el impacto que tenido en el esfuerzo de pesca sobre el camarón blanco.

De otra parte el impacto de las externalidades, especialmente sobre lo ocurrido con el derrame de petróleo en el año de 1998, no pudo ser detectado estadísticamente como se puede observar en la tabla 27 donde no se evidencia que existan evidencias significativas ente la producción del camarón blanco antes y después del evento de 1998. Asimismo, en la tabla 33, 36 y 37 no se detecta diferencias en los desembarques de mediano pelágicos y bentónicos demersales.

De la misma manera, como se ve en las tablas 17 y 18 y figuras 12 y 13, cuando se hizo una predicción sobre el comportamiento de las pesquerías entre los años 1998 y 1999 no se observó diferencias significativas entre la predicción de los desembarques de camarón blanco y los datos reales, excepto por el mes en que se realizó la medida de veda donde, por motivos lógicos, el comportamiento real se aparta del predictivo.

Luego afirmó:

Todas las pruebas estadísticas realizadas sobre el comportamiento de los recursos pesqueros tanto del Pacífico en general como en el caso particular de la Ensenada de Tumaco, muestran por una parte que los efectos en las variaciones de los rendimientos están ligados directamente:

1. Con el comportamiento de todo el recurso a lo largo de la costa pacífica y que se deben especialmente a la intensidad de pesca realizada durante más de 40 años de actividad industrial y muchos años de actividad artesanal, la inclusión de métodos de pesca que van desde el arrastre de fondo hasta la utilización de redes de enmalle han demostrado que los efectos sobre las poblaciones de peces, crustáceos y moluscos es recurrente y tiende a disminuir sus capturas.
2. En el caso de las pesquerías de la ensenada de Tumaco, a pesar del derrame del petróleo ocasionado por EP PETROECUADOR, con los modelos utilizados, no se detectó cambios drásticos en la producción de la región. En el recurso de camarón utilizaron series de tiempo y se visualizó un cambio en el comportamiento pero siempre dentro de los límites de seguridad previstos para este tipo de modelos, por los que permite concluir para este recurso que no existen factores diferentes a los predecibles.

Que aunque era evidente que el contenido del petróleo derramado ingresó a las aguas colombianas y que realizó un impacto sobre el litoral sur del Pacífico colombiano, los análisis preliminares muestran que los ecosistemas marinos reaccionaron efectivamente sobre el mismo ejerciendo una tendencia de amortiguación y aminorando el impacto sobre las comunidades bentónicas, demersales y pelágicas de la región. Y que los cambios globales como la temperatura, sí determinan un comportamiento negativo sobre los recursos; es evidente que el cambio climático que sufre el planeta es determinante para la afectación de los recursos hidrobiológicos.

Era indudable, como lo afirmó la FAO que las pesquerías a nivel mundial están disminuyendo a ritmos acelerados y que cada año se evidencia cambios en la densidad relativa de los mismos en especial por efectos del esfuerzo excesivo de pesca. Que bajo esos parámetros era importante anotar que en un ambiente ecológico, son muchos los factores que afectan la densidad de unos recursos y su impacto en las pesquerías, dependiendo del grado de intensidad con que se aplique uno o varios de los parámetros tanto abióticos como bióticos.

Un tercer estudio habla del estado de explotación de las pesquerías de la piangua y un pronóstico de las mismas el estudio realiza las siguientes conclusiones:

"el estado actual de sobre explotación ocurrió por la incidencia de los siguientes factores: 1) la sobrepesca por crecimiento 2) la sobrepesca por reclutamiento y 3) efecto de la captura del evento climático El Niño durante 1997 - 1998" (cruz, y otros, 2003), este documento no hace mención sobre efectos contaminantes en las biomasas del recurso.

Así, con fundamento en la figura 14 del informe, detallada en el folio No. 1482, denominada Estado de explotación de la piangua utilizando el modelo bioeconómico de Thompson y Bell donde se muestra la situación actual y futura del recurso. Tomado de Cruz y Borda 2003. Se concluye en el estudio: Los trabajos realizados sobre el recurso que es más vulnerable a la contaminación como la piangua determinan que las variables ambientales y la sobrexplotación pesquera influyen grandemente sobre el equilibrio de la dinámica poblacional. En especial, en estos documentos, no se hace referencia sobre los impactos de la contaminación por petróleo”.

Más adelante indicó:

“De acuerdo con los temas tratados en las preguntas anteriores se afirma que los efectos directos en la dinámica poblacional de los recursos pesqueros de la Ensenada de Tumaco entre 1993 y 2006 no demuestran un cambio sustancial que contradiga las hipótesis de trabajo de la investigación numérica, estadística planteadas sobre la igualdad de las medias de los productos desembarcados en la Ensenada de Tumaco, por lo tanto los efectos sobre la abundancia son debidos a una combinación de factores ya planteados (Contaminación, pesca nociva y otras prácticas de tipo antrópicos)”.

Así, de todo lo relacionado hasta aquí, resulta innegable y demostrado hasta la saciedad que ha existido un daño al medio ambiente de la zona costera del Pacífico nariñense, mismo que es consecuencia de la contaminación causada por el derramamiento del petróleo ocurrido entre los días tres (3) y ocho (8) de julio de mil novecientos noventa y ocho (1998), en el sector de Santo Domingo de los Colorados, Winchele, Esmeraldas, República del Ecuador, a 15 kilómetros de Esmeraldas, el cual se propagó hacia la ensenada de Tumaco, con lo cual se entiende acreditado el “*daño ambiental en estricto sensu*”, el cual resultaría suficiente para dar protección a la prerrogativa de naturaleza colectiva a un medio ambiente sano, si de la respectiva acción popular se tratara.

No obstante, no es aquella la que ejerció la parte actora, ya sean sus integrantes personas naturales o jurídicas, sino, la de responsabilidad civil extracontractual por daño ambiental impropio por derrame de hidrocarburos, la que exige además de la acreditación del daño “*al medio ambiente en estricto sensu*”, la demostración del perjuicio a los derechos particulares e individuales y el nexo causal.

Así, de manera específica en lo atañedor a las personas naturales, la única prueba al respecto que reposa en el plenario, únicamente consiste en sus declaraciones de parte, las que como se dijo no sirven de prueba en lo que les es favorable, y que como lo reconoció la misma jueza de primera instancia, no existían otros medios probatorios que permitieran corroborar o convalidar sus afirmaciones.

Sobre el tema, conviene expresar que por ejemplo, los sujetos activos de la acción abordada por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia que fue objeto de estudio, acreditaron su vinculación a asociaciones de concheras como ACOMFP o ASCONAR, de donde al menos se podía inferir, en aquel caso, que los demandantes se dedicaban a labores directamente relacionadas con la pesca o recolección de productos del mar.

Sin embargo, en el presente asunto ni siquiera hay certeza de ello, en la medida que si bien en las declaraciones de parte rendidas por los actores, algunos manifiestan estar organizados y con carnés de afiliación, como se extrae de versiones como las siguientes:

El señor MC. Persona de 49 años de edad, según su dicho pescador de profesión. Al respecto manifestó que no en la totalidad de los pescadores de la región están carnetizados, debido a la falta de presencia de las entidades del estado que tienen esa responsabilidad, que de poco tiempo para acá, (la declaración se rindió el 8 de agosto de 2007), se estaba adelantando una campaña por el Instituto de Pesca y Agricultura del Instituto Colombiano de desarrollo Rural INCODER, para realizar dicha actividad.

Sobre el mismo tema, el señor HG, de 32 años de edad, pescador de profesión, manifestó: “*si deben estar carnetizados y la institución es el Incoder*” pero no dio más detalles al respecto, ni sobre qué personas se dedican al trabajo de la pesca u otra actividad similar de recolección de productos del mar.

Por su parte, el señor VMO, persona de 40 años de edad, pescador de profesión, (es demandante), manifestó al respecto que se trataba de un pescador individual artesanal, agregando que no tiene documentación respecto de lo recogido de su labor.

El señor JPH, en su declaración, persona de 52 años de edad, pescador de profesión, (se trata de un demandante), precisó que se trata de pescador individual artesanal, sin que pertenezca a ninguna organización, en sus palabras *"cada uno por su cuenta"*.

El señor NPR, persona de 39 años de edad, comerciante de profesión. Sobre la cuestión sobre la condición de pescadores o recolectores de los demandantes no hizo mayor manifestación que la ya advertida por los declarantes antecesores, quien dijo que debían estar carnetizados y que tal documento lo expide el INCODER.

A su vez, el señor TGC, alegó que no tenía ninguna documentación al respecto, en tanto adujo que se trataba de pescadores artesanales y en tal sentido no guardan documentación al respecto, lo mismo que de sus ganancias y producido.

Por lo demás, también aparecen documentos como una copia de un carné que pertenece a la señora SCE¹⁷, pero con fecha de afiliación del 29 de enero de 1999, no se trata de un instrumento que acredite su condición de pescadora o recolectora de algún producto del mar o derivado, simplemente su afiliación en salud, además debe tenerse en cuenta que da cuenta de una fecha muy posterior a la ocurrencia de los hechos que originaron la proposición de la demanda que nos ocupa, también un listado de personas que se legajó a folio 217 del cuaderno en cita, que también trata de una afiliación en salud, y no da cuenta de que las personas allí enlistadas se desempeñaban en labores de recolección de pesca.

Al respecto, se debe destacar que todos los testigos mencionados y que aparecen en el cuaderno de pruebas de la parte demandante No. 4, se encuentran sin documentación que pueda demostrar su condición de concheros, o recolectores de otras especies marinas. No obstante, esa no era la única forma de demostrar la labor a la cual se dedicaban, puesto que en Colombia existe el sistema de libertad probatoria y cualquiera de los medios o elementos de convicción que se encuentran en el C. de P. C., que reguló la materia en su momento, servían para acreditar al menos, que todos las personas naturales demandantes se dedicaban a las labores que se mencionaron en el plenario, lo que era un elemento importante a cargo de los actores, que contribuía a la demostración del *"daño ambiental impropio"* padecido, el cual no se encuentra demostrado con ningún elemento de prueba, más allá de sus propios dichos.

No obstante, además de lo anterior y con relación al acervo probatorio analizado de forma integral y con el nexo de causalidad, se hace necesario manifestar que de acuerdo al precedente horizontal vertido por la Sala Civil de este mismo Tribunal¹⁸, y que no fuera casado por el respectivo superior funcional, dicho elemento se refiere a que el hecho dañoso debe ser el factor determinante, exclusivo y definitivo en la afectación medioambiental que dio lugar al perjuicio patrimonial alegado.

Se precisa recordar que si bien algunos informes refieren que fenómenos como el Niño en la costa pacífica nariñense resultan intrascendentes en la producción y recolección pesquera, son varios los boletines e informes citados en este fallo que precisaron que la disminución de la fauna y flora marinas de la zona afectada, ha sido consecuencia de fenómenos como la sobrepesca por crecimiento, la sobrepesca por reclutamiento, al efecto del evento climático El Niño durante 1997 - 1998, residuos industriales y descargas sin tratamiento previo, del rudimentario sistema de alcantarillado, y a derrames previos en la misma zona como el ocurrido en 1975 de 2400 barriles de Fuel Oil en el muelle petrolero de Buenaventura, en 1976 a causa del hundimiento del buque tanquero *"Saint Peter"* de 33.000 toneladas de crudo en Tumaco, en 1982 y en febrero de 1996, justo dos años antes del que es objeto de la presente demanda. Todos los eventos mencionados que se configuran como concausas, que se constituyen como eficientes y de distinta fuente para la producción de los perjuicios irrogados.

¹⁷ Fl. 210 - C. de pruebas de la parte demandante No. 1.

¹⁸ Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, Sala de Decisión Civil - Familia. Sentencia de 21 de enero de 2009. M.P. J. Guillermo Coral Chaves. Exp. No. 2000 - 00005 - 03 (248 - 03).

De ahí, existe una falencia común para el éxito de las pretensiones tanto de las personas naturales como jurídicas integrantes de la parte actora, y es que no pudo demostrarse de manera contundente que el hecho dañoso fue el factor determinante, exclusivo y definitivo del daño ambiental impropio reclamado y concretado en perjuicios de índole económica.

Por tales razones, cabe en este asunto llegar a las mismas conclusiones a las que arribó la H. Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia de dieciséis (16) de mayo de dos mil once (2011) al momento de analizar y no casar la proferida por la Sala de Decisión Civil - Familia de este Tribunal, y que de manera literal se transliteran así:

“Las pruebas valoradas de manera armónica, racional, conjunta, sistemática e integral dentro de la discreta autonomía del juzgador, demuestran, a no dudarlo, a plenitud el grave daño ambiental causado con el derrame de hidrocarburos al ecosistema, el mar, la fauna y especie marina, las acciones emprendida por ECOPETROL para controlar, mitigar y recuperar la zona afectada, sus efectos nocivos y el impacto ambiental, como en efecto hizo, pero carecen de la suficiencia probativa del daño patrimonial concreto, singular e individual pretendido por los pescadores afiliados a las asociaciones demandantes, mas importante de las poblaciones afectadas, y también de la indefectible relación entre el daño ambiental y el consecuencial daño patrimonial pretendido, pues en verdad, no suministran la certidumbre necesaria para su reparación”.

Con lo anterior, se responde de manera negativa el problema jurídico planteado en los albores de este acápite, en la medida que la parte actora no acreditó en debida forma los elementos axiológicos de la acción de responsabilidad civil por daño ambiental impropio por derrame de hidrocarburos, relacionados con el daño particular e individual generado (daño ambiental impropio), como tampoco la existencia del nexo de causalidad, entendido como el factor determinante, exclusivo y definitivo en las pérdidas económicas alegadas.

En consecuencia, y en virtud de que se ha decantado que la parte actora no ha demostrado satisfactoriamente los elementos axiológicos de la acción invocada, resulta inane realizar el estudio del recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la COMERCIALIZADORA Y PROCESADORA LÓPEZ LTDA, puesto que él está dirigido a la liquidación de perjuicios, a los que en definitiva no habrá lugar.

Lo anterior, implica la revocatoria en su integridad del fallo de primer grado y así, esta decisión se armoniza con el precedente horizontal¹⁹ y vertical²⁰ originado en casos análogos al que ocupa la atención de esta Colegiatura.

Finalmente, en virtud de que el recurso de apelación ha sido resuelto de manera favorable al apoderado de la parte demandada, no se hace necesario proferir condena en costas en su contra. Por lo demás, en aplicación de los principios establecidos en el artículo 4º del Código de Procedimiento Civil y con igual numeración en el Código General del Proceso, relativos a la igualdad material y real de las partes, y con el objetivo de no hacer más gravosa la situación de los vencidos, que son el extremo más débil de la relación procesal, no se los condenará en costas en ninguna de las instancias.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto en Sala de Decisión Civil Familia, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

¹⁹ Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, Sala de Decisión Civil - Familia. Sentencia de 21 de enero de 2009. M.P. J. Guillermo Coral Chaves. Exp. No. 2000 - 00005 - 03 (248 - 03).

²⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia de 16 de mayo de 2011. M.P. William Namen Vargas. Ref. 52835-3103-001-2000-00005-01. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia de 12 de julio de 2005. M. P. Pedro Octavio Munar Cadena. Ref. Expediente 7676.

Resuelve:

PRIMERO: REVOCAR en su integridad la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Tumaco el siete (7) de octubre de dos mil catorce (2014) al interior del presente asunto, y en su lugar se dispone **DENEGAR** las pretensiones expuestas por los integrantes de la parte actora, por las razones expuestas en la parte motiva del presente fallo.

SEGUNDO: SIN LUGAR a condenar en costas de ambas instancias a la parte demandante.

TERCERO: Una vez en firme la presente decisión, **REMITIR** el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones de rigor en los libros radicadores que correspondan.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

GABRIEL GUILLERMO ORTÍZ NARVÁEZ

Magistrado

AIDA MÓNICA ROSETO GARCÍA

Magistrada

FRANKLIN TORRES CABRERA

Magistrado

Acta N° ____

INTERPRETACIÓN DE LA DEMANDA – Facultad que le asiste tanto al Juez de primera como de segunda instancia, en aras de garantizar el Derecho Sustancial./ SIMULACIÓN RELATIVA POR INTERPUESTA PERSONA – No se configura. / CONTRATO DE MANDATO OCULTO - Declaración de Existencia y Cumplimiento – No obstante la interpretación de la demanda y la integración del contradictorio realizados por el juez a quo, se constituyen como una derivación de los poderes-deberes del fallador establecidos en la ley, con el fin de lograr la tutela jurisdiccional efectiva y el mandato según el cual la finalidad de los procedimientos es la efectividad del derecho sustancial, sin que con ello se haya afectado los derechos fundamentales de los demandados al debido proceso, derecho de defensa y contradicción, se considera que los mismos resultan equivocados, en tanto del análisis de los hechos y pretensiones contenidos en el libelo, entendió que la acción ejercida era la de simulación relativa por interpuesta persona, la cual no se configura, al no haberse acreditado la totalidad de sus presupuestos axiológicos, siendo que no se demostró la voluntad oculta radicada en todos los sujetos de la relación contractual, de querer llevar a cabo un contrato simulado. Determinándose por la Sala, conforme la facultad de realizar la atribución o imputación jurídica que corresponda, luego de efectuar una adecuada interpretación de la demanda, desentrañando su real sentido y la verdadera intención del actor, que se trata de una acción de naturaleza personal tendiente a la declaración de existencia y cumplimiento de un contrato de mandato oculto sin representación y en consecuencia, se indique que los efectos de la suscripción de los certificados de depósito a término, corresponden al demandante y sólo a él benefician y se ordene a los demandados realizar la transferencia de tales títulos y en tanto fueron acreditados los requisitos para ello, prosperan las pretensiones impetradas./

República de Colombia
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PASTO
SALA DE DECISION CIVIL FAMILIA

Magistrado Ponente: Dr. Gabriel Guillermo Ortíz Narváez

Referencia: Apelación de sentencia en proceso ordinario.
Proceso No: 2010-00249-01 (539-03)
Demandante: JAR
Demandado: JLTG y otro.

San Juan de Pasto, veinticinco (25) de octubre de dos mil dieciséis (2016).

Procede la Sala a decidir sobre el recurso de alzada interpuesto por la parte demandada, frente a la sentencia calendada el día diecisiete (17) de junio de dos mil quince (2015), proferida en primera instancia por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Pasto en el marco del proceso ordinario de la referencia.

I. ANTECEDENTES

1. La acción

- a)** El día siete (7) de septiembre de dos mil diez (2010) el señor JARG a través de apoderado judicial interpuso demanda ordinaria en contra de los señores FJLTG y GATG.
- b)** Las pretensiones consignadas en el exordio de entrada pueden resumirse de la siguiente forma:
- Que se declare que el señor GATG, obtuvo a su favor el certificado de depósito a término número

161000027050 (10442997) expedido el día diecisiete (17) de junio de dos mil nueve (2009) por el BANCO COLPATRIA RED MULTIBANCA COLPATRIA S.A., de esta ciudad (oficina 161 de la Avenida Panamericana), por el valor de CUARENTA MILLONES DE PESOS (\$40.000.000) en calidad de testafarro del doctor JARG, en virtud del acuerdo verbal entre ellos celebrado en esta ciudad.

- Que se declare que el señor FJLTG, obtuvo a su favor el certificado de depósito a término número 161000026160 (10418350) expedido el día dieciséis (16) de diciembre de dos mil ocho (2008) por el BANCO COLPATRIA RED MULTIBANCA COLPATRIA S.A., sucursal de esta ciudad (oficina 161 de la Avenida Panamericana), por el valor de SETENTA MILLONES DE PESOS (\$70.000.000) en calidad de testafarro del doctor JARG, en virtud del acuerdo verbal entre ellos celebrado en esta ciudad.

- Declarar que efectivamente el doctor JARG, fue quien suministró el dinero para la apertura de los certificados de depósito a término números 161000027050 (10442997) y 161000026160 (10418350), expedidos por el BANCO COLPATRIA RED MULTIBANCA COLPATRIA S.A., sucursal de esta ciudad (oficina 161 de la Avenida panamericana).

- Declarar que los demandados GATG y FJLTG tienen la obligación de transferir mediante el endoso respectivo al doctor JARG los certificados de depósito a término números 161000027050 (10442997) y 161000026160 (10418350), expedidos por el BANCO COLPATRIA RED MULTIBANCA COLPATRIA S.A., sucursal de esta ciudad (oficina 161 de la Avenida panamericana).

- Como consecuencia de lo anterior, se condene a los demandados GATG y FJLTG a realizar en legal forma la transferencia mediante el respectivo endoso de los certificados de depósito a término números 161000027050 (10442997) y 161000026160 (10418350), expedidos por el BANCO COLPATRIA RED MULTIBANCA COLPATRIA S.A., sucursal de esta ciudad (oficina 161 de la Avenida panamericana), y en el evento de que no lo hagan los demandados dentro del término fijado por la ley, se proceda a efectuar la transferencia a su nombre mediante el respectivo endoso de los aludidos certificados de depósito a término.

- Que se condene a los demandados en costas, a favor de la parte actora.

c) La acción se fundamentó, según se relató en la demanda, en los siguientes hechos:

- Que los señores GATG y FJLTG, trabajaron por varios años en la oficina de abogado del demandante, ejerciendo labores de auxiliares.

- Por ser trabajadores de confianza del demandante, los señores GATG y FJLTG tenían conocimiento de que el señor JAR era víctima de extorsiones y hasta de una retención por parte de grupos armados ilegales, motivo por el cual, el afectado solicitó a los demandados tramitar la apertura de dos certificados de depósito a término a su nombre, esto con el fin de evitar las amenazas y extorsiones por las que estaba atravesando en ese momento.

- El primer certificado de depósito a término fijo con número 161000026160 (10418350) fue elaborado el día dieciséis (16) de diciembre de dos mil ocho (2008), en instalaciones del banco COLPATRIA a nombre del señor FJLTG, por un valor de \$70.000.000, dinero entregado por el señor JARG.

- De igual manera se elaboró el otro certificado de depósito a término fijo con número 161000027050 (10442997) el día diecisiete (17) de julio de dos mil nueve (2009), por un valor de \$40.000.000 a nombre del señor GATG, dinero entregado por el señor JARG.

- Como era de esperarse, los certificados de dichos CDT fueron entregados al señor JARG por parte de los demandados, así mismo ocurría con los intereses generados por estos.

- El día dieciséis (16) de marzo de dos mil diez (2010), el señor GATG no se presentó a trabajar, motivo por el cual se le solicitó a su hermano el señor FJLTG lo ubicara dando una respuesta negativa a la solicitud, ese mismo día se vencía uno de los CDT que estaba a nombre del señor antes referido, por lo cual el demandante le requirió al señor FJTG que le endosara dicho certificado dando una respuesta negativa a dicho requerimiento y horas más

tarde también abandonó su lugar de trabajo.

- El día dieciocho (18) de marzo de ese mismo año, los señores GATG y JLTG le enviaron un comunicado al demandante, manifestándole que le firmarían los endosos de los certificados siempre y cuando el señor JARG le entregue al señor GATG unos bienes embargados a *“pesar de que el demandante no tenía ningún tipo de bienes del señor”* y que también les cancele lo correspondiente a su liquidación laboral.
- Así, los demandados convocaron a una audiencia de conciliación laboral al señor JARG, donde el ahora demandante les propuso que una vez ellos endosaran los certificados de depósito a término fijo, éste les cancelaba todos sus derechos, a lo cual los señores demandados se negaron respondiendo de que dichos certificados eran de su propiedad, fruto de toda una vida de trabajo.
- Finalmente, se indicó que hasta la fecha de la presentación de la demanda no se había podido lograr el endoso de los certificados de depósito a término fijo a los que se ha hecho relación.

2. Trámite de Primera Instancia

- a) A través de auto fechado el día treinta (30) de mayo de dos mil once (2011) se admitió la demanda y de igual manera, se ordenó el correspondiente traslado previa la notificación personal de la providencia (f. 25 – C. 1). Dándole trámite de conformidad a las normas del C. de P. C., previamente al haberse subsanado los errores advertidos por la judicatura. Así mismo, se fijó la suma equivalente a ONCE MILLONES DE PESOS (\$11.000.000.00) que se prestaron como caución por la parte actora. También se reconoció personería adjetiva al abogado Pablo Cuellar Benavides como apoderado del demandante.
- b) Posteriormente, el representante de la parte actora presentó la póliza judicial exigida por la juez y se solicitó se decrete la medida cautelar de secuestro de los certificados de depósito a término con números 161000026160 (10418350) por un valor de SETENTA MILLONES DE PESOS (\$70.000.000.00) y 161000027050 (10442997) por un valor de CUARENTA MILLONES DE PESOS (\$40.000.000.00).
- c) Por su parte, luego de notificar por varios medios a los demandados estos dieron respuesta a la demanda a través de su apoderado judicial, oponiéndose a todas las pretensiones de la demanda, y proponiendo varias excepciones, entre ellas, falta de causa para demandar, falta de legitimación por activa, falta de fundamento jurídico de las pretensiones, autonomía del título valor, inexistencia de la obligación demandada, existencia del derecho en cabeza de los demandados como titulares legítimos del título valor.
- d) De las excepciones propuestas se corrió traslado a la parte demandante, pronunciándose oportunamente frente a estas por parte del procurador del demandado. Los días cinco (5) de septiembre del dos mil doce (2012), treinta (30) de enero y doce (12) de febrero del dos mil trece (2013) se llevó a cabo la audiencia de la que trata el artículo 101 del C. de P. C., agotándose todas las etapas establecidas en la norma, no pudiendo llegar a buen término la pretendida conciliación.
- e) Con posterioridad, se abrió a pruebas el proceso decretando por tales las aportadas y solicitadas por las partes, y una vez vencido dicho periodo se corrió traslado para que los extremos del litigio presenten sus alegatos de conclusión, derecho que fue ejercido por las partes.

3. La Sentencia Apelada

- a) El Juzgado Primero Civil del Circuito de Pasto el día diecisiete (17) de junio de dos mil quince (2015) profirió sentencia en la que adoptó las siguientes determinaciones: **1)** Declarar la simulación de los contratos de depósito a término motivo del conflicto. **2)** Declarar que el real contratante y beneficiario de dichos CDT's es el señor JARG. **3)** En consecuencia, ordenó al banco COLPATRIA que cancele los CDT's con número 161000027050 y 161000026160 del 17 de julio de 2009 y 16 de diciembre de 2008 al señor JARG. **4)** Condenar en costas a la parte vencida por el 10% de la cuantía estimada en la demanda
- b) Las determinaciones descritas, se basaron en el análisis realizado a las pruebas obrantes en el plenario,

tanto las documentales aportadas en el libelo y en su contestación, como en la declaración de parte del demandado, deduciendo a partir de la prueba indiciaria los elementos necesarios para declarar la simulación de los negocios jurídicos objeto de la demanda.

c) La parte desfavorecida con la decisión interpuso en la debida oportunidad el recurso de apelación que nos ocupa.

4. Trámite de segunda instancia

a) El día siete (7) de septiembre de dos mil quince (2015) se admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, quien dentro del término de traslado correspondiente, sustentó la alzada solicitando la revocatoria del fallo de primera instancia.

b) La parte apelante fundamentó la apelación manifestando:

Inició su recurso manifestando que a pesar de la trayectoria en el campo del litigio transitada tanto por la parte actora como por su apoderado, no entendía cómo era posible que al momento de interponer la demanda que ahora ocupa a la jurisdicción, hubieran errado en cuanto a la determinación de la acción ejercida y la integración del contradictorio. No obstante manifestó su respeto y admiración hacia ellos.

Luego, haciendo referencia a la nueva tendencia del derecho procesal civil que deja atrás el principio dispositivo que algún día lo rigió, para darle mayores facultades al Juez como director del proceso, indicó que aquellas no podían extralimitarse ni ser usadas con derroche, puesto que afectan de manera grave a la parte contra quienes se ejerce, al punto de que el extremo demandado debe defenderse frente a una demanda que jamás se le formuló y de cara a unas partes que sólo la Juez estableció a posteriori. Con ello, la falladora mudó su posición de Juez a litigante.

Que para el caso *sub examine*, se construyó una pretensión en contravía de la intención del demandante y además se integró el litigio para dar forma a esa abusiva interpretación. Al respecto, de manera concreta manifestó que el actor jamás presentó una demanda donde se tuviera como pretensión la simulación del contrato de depósito a término, ni tampoco unos hechos que develaran la existencia ya sea de su forma absoluta o relativa, que tampoco, se mencionó en parte alguna que el Banco Colpatria tuviera conocimiento o haya aceptado en forma alguna la ficción que fue exteriorizada.

Así, refirió que la especial demanda interpuesta, solicitó la declaración de que los demandados eran los testaferros del demandante y que en consecuencia, los dineros con los que se constituyeron los certificados de depósito a término pertenecían al demandante. Pretensión de orden declarativa en la que no se solicitó que se pusiera en evidencia un contrato oculto sobre el aparente, sentido de la simulación relativa.

Con todo lo anterior, se sorprendió a la parte demandada y se la puso en desventaja, toda vez que se cambió una pretensión frente a la cual jamás tuvo la oportunidad de interponer los medios de defensa adecuados, pues como se puede evidenciar de la lectura de la contestación de la demanda, aquella se refirió al tema de los títulos valores y la legitimación en la causa que le asistía al demandante. Unos son los argumentos del estudio del contrato de depósito a término y otros los necesarios para enfrentar una simulación.

Por otra parte, en relación con la vinculación del Banco Colpatria como litisconsorte necesario, precisó que asumió una actitud pasiva frente a lo pretendido, manifestando desconocer los hechos en que se fundó la demanda. A partir de ello, el alzadista dirigió la sustentación del recurso a reprochar que para el caso no se cumplen los requisitos para que se configure la simulación relativa del contrato en la forma en que fue declarada por la Juez, todo por cuanto no se demostró la intención simulatoria que debe estar radicada en la entidad bancaria.

Sobre dicho tópico, dirigió los últimos párrafos de la sustentación de la alzada a manifestar que dentro del plenario existe una ausencia de prueba respecto del ánimo simulatorio en el Banco Colpatria, es decir, que debía estar acreditado que actuando dicha entidad como persona jurídica, consintió en crear la apariencia de negocio que la sentencia estableció como demostrada, a partir de los testimonios de personas subalternas a la Directora

de la Agencia Colpatría de la Avenida Panamericana, hermana del actor.

Varios cuestionamientos hizo sobre tal tópico la parte apelante, ¿a partir de los testimonios de empleados subalternos está establecida la intención de la persona jurídica de crear una apariencia de contrato?, ¿Conoció el Banco Colpatría que las partes que aparecen suscribiendo el CDT no son realmente las partes del contrato?, ¿Cómo se desvirtúa la posición neutral de la entidad bancaria contenidas en la contestación de la demanda presentada por ella?.

c) Dentro del término de traslado que se surte a la parte no apelante, ésta se pronunció tal como se puede ver en los folios No. 18 a 22 del cuaderno de segunda instancia, solicitando se confirme la sentencia objeto de recurso de apelación.

d) Surtido como se avizora todo el trámite de segunda instancia referido, se procederá a resolver la apelación que nos ocupa con base en las siguientes:

II. CONSIDERACIONES

1. Sanidad procesal

No se advierte que en la tramitación del proceso se haya incurrido en una causal de nulidad insanable o una de aquellas que deban ser puestas en conocimiento de las partes.

2. Presupuestos procesales

Concurren a plenitud en el presente caso los presupuestos procesales, a saber: tenía el Juez de primer grado competencia para avocar el conocimiento en virtud de la cuantía de las pretensiones, la naturaleza de las mismas (1ª y 9ª regla del artículo 16 del C. de P. C.) y del domicilio de los demandados (artículo 23 numeral 1º *Ibidem*). El demandante, goza de plena capacidad para ser parte y comparecer al proceso, representado por mandatario con poder debidamente conferido. Situación igualmente predicable de los demandados, con plena capacidad para acudir al litigio, actuando a través de apoderado judicial con derecho de postulación. Asimismo, se observa que la demanda presentada se allanó a cumplir con las exigencias legales previstas en el Código Ritual de la materia.

3. La legitimación en la causa

La legitimación en la causa de las partes proviene del interés jurídico que las ubica en los extremos de la relación sustancial. Por consiguiente, los que participaron directamente en el convenio presuntamente simulado tienen interés legítimo en descubrir la apariencia y sus consecuencias dañinas, al igual que los terceros que resulten directamente afectados con la celebración del pacto.

Es así como en el *sub júdice* el demandante tiene interés jurídico y por ende está legitimado activamente para demandar, en tanto indicó ser el propietario del dinero vinculado en los certificados de depósito a término fijo, lo que a su vez origina la legitimación por pasiva de aquellas personas las cuales aparecen como titulares de los certificados motivo del conflicto.

4. La prueba de la simulación

Primero, cabe aclarar que dentro de nuestro ordenamiento jurídico la simulación se encuentra regulada por el artículo 1766 del Código Civil, y jurisprudencialmente se la ha clasificado por sus características en absoluta y relativa¹. Respecto de la primera, se ha dicho que aquella se da cuando las partes celebran un contrato pero no

¹ Ver entre otras: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de Abril 29 de 1996. M.P. Eduardo García Sarmiento.

quieren que dicho acuerdo produzca efectos, por ejemplo compraventas de confianza². En cuanto a la segunda, las partes desean celebrar un negocio, pero bajo otra fachada distinta a la real, por lo tanto el contrato aparente no está destinado a recibir ejecución, o por lo menos en los términos en que se presenta ostensiblemente³.

Ahora, en cuanto al aspecto probatorio, de acuerdo con la doctrina la simulación se puede demostrar a través de cualquier medio idóneo, como declaraciones, testimonios, indicios, prueba documental y en general con lo que se conoce como contraescrituras o contradocumentos⁴. Sobre este punto la H. Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil ha manifestado:

"Al derogar expresamente el artículo 698 del Código de Procedimiento Civil, el artículo 1767 del Código Civil, y consagrar en los artículos 175 y 187 los principios de libertad probatoria y persuasión racional, sistema de sana crítica, respectivamente, el estatuto procedimental abolió la referida restricción y por contera amplió el panorama probatorio del fenómeno simulatorio, quedando así establecida no solo la posibilidad de acudir a la prueba por documentos, generalmente contraescrituras privadas, sino, aún inter partes, a cualquiera otros medios probatorios, entre ellos el testimonio y los indicios. En consideración al sigilo que ampara la celebración de los actos simulados, la prueba de indicio se propone como la más conducente y eficaz para la correspondiente demostración, especialmente cuando no se cuenta con prueba documental".⁵

Y en otra oportunidad refirió:

"El saludable principio de la libertad probatoria en lo tocante con la simulación tiene su razón de ser y justificación en que generalmente los simulantes asumen una conducta sigilosa en su celebración, puesto que toman previsiones para no dejar huella de su fingimiento y, por el contrario, en el recorrido de tal propósito, procuran revestirlo de ciertos hechos que exteriorizan una aparente realidad. Porque como en la concertación de un acto simulado generalmente las partes persiguen soslayar la ley o los derechos de terceros, los simulantes preparan el terreno y conciben urdirlo dentro del marco de la más severa cautela, sin dejar trazas de su insinceridad. De suerte que enseño, para tal efecto, la astucia, el ardid, la conducta mañosa y soterrada. Es entonces explicable que desde antaño, la doctrina haya expresado que "el que celebra un acto simulado rehúye el rastro que lo denuncie; extrema la apariencia engañosa, elude la prueba que lo descubra y lo rodea con todas las precauciones que su cautela y cálculo le sugieran"⁶.

Ahora, tal como se señala en el aparte transcrito, en cuanto a la prueba de la simulación, por la razón de que la institución aborda precisamente actos que se pretende dejar ocultos, resulta preponderante la valoración de la prueba indiciaria, medio probatorio regulado por los artículos 175 y 248 del Código de Procedimiento Civil, que de acuerdo con la Real Academia de la Lengua se lo entiende como un "*fenómeno que permite conocer o inferir la existencia de otro no percibido*"⁷ y en la normatividad probatoria se lo comprende como una prueba artificial que debe ser mirada con especial prevención⁸.

Siendo como se anotó, un medio probatorio que necesita ser analizado por el Juez con mayor cuidado, la doctrina aporta lo siguiente en relación con su valoración:

"... no sería atendible la prueba indiciaria si el hecho indicador se establece sobre la base de conjeturas y no de estar demostrado, de donde surge la necesidad de que el Juez, al realizar el análisis crítico, haga, en primer término, expresa referencia a las pruebas que acreditan y le llevan certeza acerca del hecho conocido del cual parte su inferencia"⁹ (Subraya ajena al texto original).

² LINARES VESGA, Jesús Ángel. Introducción al estudio de los contratos. Librería ediciones del profesional. Ed. 1ª, Bogotá. 2009. p. 49.

³ JOSSERAND, Louis. "De la simulación y la disolución de los contratos" en: La simulación en los actos jurídicos. Editora jurídica de Colombia. Ed. 1ª, Bogotá. 2000. p. 625.

⁴ LINARES VESGA, Jesús Ángel. Ibíd. p. 50.

⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil – Agraria. Sentencia de mayo 8 de 2001. M.P. José Fernando Ramírez Gómez. Exp. 5692

⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia de julio 17 de 1975.

⁷ Diccionario de la Real Academia de la Lengua.

⁸ MITTERMAIER, C.J.A., citado por LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. Procedimiento Civil. Tomo III. 2ª ed. Dupre Editores. Bogotá. 2008. p. 312.

⁹ Ibídem, p. 313.

Quedando especificado lo anterior y en relación con la dificultad probatoria que ofrece la simulación en materia contractual, se reitera que es la prueba indiciaria un medio para llegar a la verdad de los hechos y develar el contrato subrepticio, si se trata de una de carácter relativo, o solo dejar sin efectos el aparente convenio cuando se trata de la absoluta. Sobre el punto tocado en este párrafo el máximo órgano de la jurisdicción ordinaria en su especialidad civil ha manifestado:

*"Atendida la circunstancia de ser la prueba indirecta de indicios la que se ofrece con mayor facilidad en el establecimiento de la simulación, la doctrina, con apoyo en los antecedentes o prácticas de que se valen los simulantes, tradicionalmente ha afirmado como indicios reveladores de tal fenómeno el parentesco, la amistad íntima, la falta de capacidad económica del adquirente, la retención de la posesión del bien por parte del enajenante, el comportamiento de las partes al efectuar el negocio, el comportamiento de las partes en el litigio, el precio exiguo, estar el vendedor o verse amenazado de cobro de obligaciones vencidas, la disposición del todo o buena parte de los bienes, la carencia de necesidad en el vendedor para disponer de sus bienes, la forma de pago, la intervención del adquirente en una operación simulada anterior, etc."*¹⁰ (Subraya ajena al texto original)

Por otra parte, el Juez a cuyo conocimiento se somete un asunto en donde el problema jurídico principal gira en torno a la institución de la simulación, goza de libertad al momento de analizar los hechos que durante el trámite se verificaron probados a través de los diferentes medios que obren en el plenario, aún sin que el accionante los describa de manera precisa en la demanda. Itera la Corte:

*"Dentro de la actividad probatoria que gobierna los procesos civiles y en particular la acción de simulación, no es menester que desde la demanda misma el actor anuncie con toda estrictez los hechos a partir de los cuales acreditará la existencia de una voluntad real diferente de la declarada, ni cae el juez en falta de congruencia si encuentra que la simulación existió a partir de elementos de prueba que aparecieron en el curso del juicio. Dicho de otro modo, no hay desarmonía cuando el juez halla demostrada la simulación a partir de indicios -y la causa simulandi es uno de ellos- no mencionados en la demanda, pero acreditados plenamente a lo largo del proceso"*¹¹.

5. Problema jurídico y caso concreto

Descendiendo ahora al asunto que nos ocupa, es cometido de la Sala de Decisión entrar a estudiar los argumentos de reproche expuestos por la parte demandada en el recurso de apelación, y para ello la Sala encuentra que los argumentos que se esgrimen y sirven de fundamento a la alzada pueden compendiarse en los siguientes postulados: **i)** Que la interpretación de la demanda hecha por la A quo además de resultar equivocada por atender unos hechos y pretensiones totalmente diferentes a los expuestos por el demandante, configuraba una extralimitación de los poderes oficiosos del Juez cuando adecuó los pedimentos del libelo e integró el contradictorio, todo ello en perjuicio de los derechos de defensa y contradicción del demandado, pues mutó su posición de falladora a litigante. **ii)** Que en el plenario no se encontraban acreditados los presupuestos necesarios para la declaración de simulación por interpuesta persona, en tanto no se demostró la voluntad oculta radicada en todos los sujetos de la relación contractual, de querer llevar a cabo un contrato simulado.

5.1. Análisis de los aspectos generales del recurso: integración del contradictorio

Así, de cara al análisis de la primera parte del recurso, bien sabido es que la demanda constituye el acto de postulación más importante del proceso, y por ello, debe estar sujeta a una serie de requisitos formales legalmente establecidos, cuya ausencia implica que necesariamente no pueda dársele trámite. Para el caso que nos ocupa y por la fecha en que el libelo fue interpuesto, le resultaban aplicables las normas establecidas en el Código de Procedimiento Civil, en especial lo dispuesto en sus artículos 75 y siguientes, que precisan claridad respecto del fundamento fáctico y *petitum*.

¹⁰ Ibíd.

¹¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia de julio 17 de 2006. M.P. Cesar Julio Valencia Copete.

Sin embargo, no siempre ello sucede así, situación que de no ser corregida a tiempo a través del auto que inadmite la demanda otorgando un término para su corrección, tampoco es óbice para abstenerse de emanar una decisión de fondo. Con suprema e insistente claridad, lo ha manifestado la H. Corte Suprema de Justicia quien en sus palabras ha explicado:

*"Mas, si la demanda así no viene presentada, igualmente se tiene por averiguado que esto no obsta un fallo de mérito, en la medida en que, sin atentar contra su contenido objetivo, pueda ser interpretada, salvo que por su oscuridad o ambigüedad resulte imposible desentrañar lo que verdaderamente se ha querido, o que, sabiéndose, se ignoren los hechos en que se apoyan las pretensiones. Desde luego que en los casos en que se pueda superar la interpretación del libelo, al juzgador le corresponde, respetando claro está las garantías fundamentales, darle sentido pleno a las formas y no sacrificarlas por la forma misma, justificándolas en tanto ellas estén destinadas a lograr la protección de los derechos de las personas, obviamente que de un modo racional, lógico y científico, amén de ceñido a la ley, examinando el contenido integral de la demanda e identificando su razón y la naturaleza del derecho sustancial que en la misma se hace valer. Esto, porque como lo tiene explicado la Corte, la "intención del actor muchas veces no está contenida en el capítulo de las súplicas, sino también en los presupuestos de hecho y de derecho por él referidos a lo largo de la pieza fundamental". Basta, por lo tanto, que la intención del demandante aparezca clara en el libelo, ya de manera expresa, ora porque se deduzca de todo su texto mediante una interpretación razonable"*¹².

En el mismo sentido, la misma Alta Corporación manifestó:

*"que la labor de interpretación de la demanda, desarrollada con el único propósito de descubrir la intención original de quien acude a la jurisdicción..." puede ser adelantada por el juez siempre que el libelo "...se lo permita sin desfigurar la realidad que por sí sola allí se patentice, esto es, en aquellas hipótesis en que al hacerlo no modifique la esencia de lo pedido ni de las circunstancias fácticas en que el actor haya fundado esas súplicas; ya que, para decirlo en sentido contrario, si el contenido integral del acto introductorio ostenta claridad y precisión meridianas o si, en cambio, su oscuridad y confusión es de tal magnitud que objetivamente se hace imposible encontrar ese verdadero horizonte, entonces el sentenciador no podrá más que sujetarse a la literalidad que aparezca expuesta, con las respectivas consecuencias para el promotor del proceso..." (sentencia 016 de 7 de febrero de 2007, exp.#1999-00097-01), como quiera que él no puede hacer uso de esa facultad interpretativa, según ha reiterado la Sala, sino, por un lado, "...cuando la imprecisión y oscuridad de sus términos es tal que obstaculice por completo la averiguación de lo que el demandante quiso expresar, evento en el que, so pena de incurrir en yerro fáctico, no es posible la interpretación porque se suplantaría la presentada por su autor, sustituyéndolo de esa carga consagrada en la ley de manera exclusiva para él..." y, por el otro, cuando las expresiones utilizadas en la mencionada pieza "...sean de tal precisión y claridad que no dejen ningún margen de duda acerca de lo pretendido por el demandante, caso este último en el que el juez debe estarse a ellos en la forma como se los presenta el actor, por cuanto pretender una interpretación de los mismos lo conduciría a un yerro similar, que en ambos casos sería manifiesto"*¹³.

Y en más reciente oportunidad reiteró:

"(...) para 'no sacrificar el derecho material en aras de un culto vano al formalismo procesal' (CCXXXIV, 234), está obligado [el juez] a interpretarla [la demanda] en busca de su sentido genuino sin alterarlo ni sustituirlo, consultando la prevalencia del derecho sustancial, el acceso a la administración de justicia y la solución real de los conflictos. A este respecto, la Sala de tiempo atrás, acentúa la labor del juez en la interpretación de la demanda 'para que los derechos de las partes que se discuten en el proceso

¹² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia de 17 de octubre de 2006. M.P. Jaime Alberto Arrubla Paucar. Expediente C-2316231030021996-01259-01.

¹³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia de 6 de Agosto de 2010. M. P. Cesar Julio Valencia Copete. REF.: 05001-3103-017-2002-00189-01.

alcancen en la práctica la certeza que legalmente les corresponde. Más si ello es así, tampoco hay lugar a perder de vista que dicho poder encuéntrase de todos modos, supeditado a los términos y conceptos de los que el demandante se hubiere valido para exponer tanto la pretensión como la causa petendi de la misma. Por mejor decirlo, el juez, en la búsqueda del real sentido de la demanda, tiene que averiguar es por lo que su autor quería expresar por medio de ella y no por lo que él, el juez, desee ver en ese escrito”¹⁴.

Conforme a lo anterior, de la lectura atenta e integral de la demanda, es decir, de la causa *petendi* y el *petitum*, se encuentra en concreto, que la parte actora relató ante la Jurisdicción que existían dos Certificados de Depósito a Término por determinados valores, mismos que se encontraban a nombre de dos particulares, los demandados, quienes no eran los verdaderos depositantes de los dineros representados en los títulos valores, sino el demandante. Como consecuencia de lo anterior, deprecó que se constituyera como titular de los CDT al señor JARG y que se declare que GATG y FJLTG en realidad actuaron únicamente como sus “*testaferros*”.

Lo anterior, significaba entonces que el demandante indicó que la cantidad que en total ascendía a CIENTO DIEZ MILLONES DE PESOS (\$110.000.000.00) jamás fue depositada por los señores TG, como se hizo aparecer en los certificados de depósito a término, sino que la realidad era que aquel dinero era de propiedad del demandante RG.

Ahora, lo declarado por la falladora de primera instancia en la sentencia que es objeto de apelación, se fundamentó en la interpretación realizada a los mencionados hechos y pretensiones, argumentando que aquello trataba entonces de la acción de simulación por interpuesta persona, que la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Civil ha definido como una modalidad de la simulación relativa que consiste en que una persona aparece como celebrante del acto y destinatario de sus efectos cuando en realidad lo es otra, pues el que aparece celebrando el acto es un testaferro u “*hombre de paja*”, un sujeto interpuesto ficticiamente, ya que el acto realmente se celebra con la otra persona, el interponente, y sólo en apariencia se celebra con el interpuesto o testaferro. Esta clase de simulación se configura cuando alguien finge estipular un negocio con un determinado sujeto, cuando, en realidad, quiere concluirlo y lo concluye con otro, que no aparece.

A juicio de esta Sala, si bien tal conclusión a la que llegó la falladora de primera instancia pudiera parecer que se adecua a lo solicitado por la parte actora conforme a la *causa petendi* expuesta en la demanda, en realidad no lo es, como se verá más adelante. No obstante, aquello no constituye una vulneración a los derechos fundamentales de los demandados al debido proceso, derecho de defensa y contradicción, que siempre fueron garantizados durante el trámite *A quo*.

Para el apelante, uno de los motivos que da lugar a la vulneración de las anotadas prerrogativas, es que la Juez integró el contradictorio, dando a entender que con dicha actitud usurpó una tarea que radicaba de manera exclusiva en la parte actora, pues son varias las manifestaciones encontradas en la sustentación del recurso que señalan que la Juez mudó su rol de falladora a litigante.

De cara a lo anterior, para este Juez Colegiado no pueden ser de recibo los argumentos expuestos por el alzadoista, en la medida que por disposición expresa de la Ley, en los casos en que exista litisconsorcio necesario, ya sea en su forma activa o pasiva, en primera medida la obligación de conformarlo es obviamente del demandante, pero si él no lo hace, puede hacerlo el demandado, y en últimas, hasta antes de dictar sentencia lo **debe** hacer el Juez. Esas son las expresas disposiciones contenidas en el artículo 83 del C. de P. C., aplicable y vigente para el asunto de marras.

Para el caso, consideró la Juez de primera instancia que conforme a los hechos narrados en la demanda y a la forma en que se redactaron las pretensiones, la sentencia podría afectar los intereses del BANCO COLPATRIA S.A. o al menos involucrarlo, configurando el supuesto de hecho previsto en el inciso primero del artículo 83,

¹⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia de 19 de septiembre de 2009. Exp. No. 17001-3103-005-2003-00318-01. Reiterada en: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia de 27 de agosto de 2015. M.P. Fernando Giraldo Gutiérrez. Ref. STC11347-2015.

de ahí que la integración del contradictorio no obedece a un acto arbitrario de la A quo, o que haya asumido un rol extralimitado o incluso ajeno al que le corresponde, pues no ha hecho más que integrar el contradictorio conforme lo precisa la ley.

Ahora, la integración del contradictorio que hizo la juez no puede entenderse como sorpresiva, a tal punto de manifestar que el demandado no sabía ni siquiera quienes actuaban en el proceso, puesto que el auto de vinculación al trámite proferido el nueve (9) de julio de dos mil catorce (2014) fue notificado por estados el día once (11) del mismo mes y año, transcurriendo su término de ejecutoria en total silencio. De lo anterior, que si el alzadista consideraba que tal vinculación afectaba sus intereses, debió interponer los respectivos recursos en la debida oportunidad, no ahora, momento en que tal decisión está más que ejecutoriada y en virtud del principio de la preclusión, no se puede volver a discutir situaciones que ya fueron resueltas.

Por otra parte, reprochó el alzadista que tuvo que actuar frente a una demanda que jamás se le formuló, dando a entender que la sentencia trata de un libelo imaginario o ideal, que la Juez recreó en su mente y que jamás fue formulada por el apoderado judicial del señor JARG, argumento que tampoco puede ser de recibo.

Lo anterior, por cuanto como se mencionó en precedencia, lo que el promotor del proceso indicó es que las personas que aparecen como titulares de los certificados de depósito a término (los demandados) en realidad no lo son, sino que es otra (el demandante), y que dicha apariencia se hizo constar en virtud de un acuerdo privado entre ambos extremos del litigio, deprecando entonces que se haga prevalecer tal pacto y que se declare que esos CDT pertenecen al actor por haber sido el real depositario de los dineros que representan, y de la lectura de la sentencia es eso lo que fue declarado por la Juez, sin que se avizore por ningún lado la incongruencia que enrostra el censor, ni que el análisis hecho por la Juez sea sorpresivo e inesperado. Ahora, pues si bien a criterio de esta Sala es errada la configuración jurídica dada por la A quo como más adelante se expondrá, no puede argumentarse que por ello haya inventado unas pretensiones, integrado un contradictorio y proferido una sentencia con fundamento en un imaginario ideal, como lo manifestó el alzadista.

Por otro lado, también debe decirse que tal como lo establecen los numerales 2º y 3º del artículo 92 del C. de P. C., la contestación del libelo debe contener una manifestación expresa frente a los hechos de la demanda y las pretensiones, de ahí que la estrategia de defensa del demandado tenga como eje central el contenido de tales acápites, mismos que como se ha advertido hasta aquí, jamás han cambiado.

Con lo anterior, se descartan los argumentos de reproche expuestos en la primera parte del recurso de apelación y ahora procede la Colegiatura al análisis de la segunda, relacionada con la inexistencia de los presupuestos axiológicos de la simulación relativa.

5.2. Análisis de los elementos de la acción de simulación relativa

Al respecto, como se ha venido insistiendo a lo largo de esta providencia, la A quo encontró que los hechos narrados por el actor y las pretensiones por él expuestas se relacionaban directamente con la acción de simulación por interpuesta persona, siendo esta una modalidad de la simulación relativa, lo que a primera vista podría ser cierto, no obstante un detalle que enrostra el alzadista y que la H. Corte Suprema de Justicia ha indicado en los siguientes términos:

"La simulación relativa por interposición ficticia de persona, orientase a hacer figurar como parte de un negocio jurídico a una persona que en verdad no lo es, en vez o en lugar del real titular del interés, dando la simple apariencia de una realidad diferente, con el designio consciente, convergente y deliberado "de ocultar la genuina identidad de los titulares de la relación creada" (cas. civ. sentencia de 30 de julio de 1992, exp. 2528), en cuyo caso, se simula la posición o situación jurídica de parte, contratante o sujeto negocial, esto es, el acuerdo simulandi, versa o recae única y exclusivamente sobre el extremo subjetivo de la relación jurídica contractual.

En términos de la Sala, esta modalidad del negocio simulatorio, "consiste en hacer figurar como parte contratante a quien en verdad no lo es, con el fin concertado de ocultar la identidad de quien real y directamente está vinculado con la relación negocial, por lo tanto, ese intermediario o testaferro es un contratante imaginario o aparente, y en la que no se disimula el contrato propiamente dicho, el cual

*en términos generales permanece intacto, sino las partes que lo celebran, pero para que este fenómeno se configure cabalmente, no basta que en el negocio actúe una persona para ocultar al verdadero contratante, sino que se requiere que concurren las circunstancias que caracterizan la simulación, una de las cuales es el concierto estipulado ‘...de manera deliberada y consciente entre los contratantes efectivo y aparente con la contraparte para indicar quiénes son los verdaderos interesados y el papel que, por fuerza precisamente de esa **inteligencia simulatoria trilateral**, le corresponde cumplir al testafarro, esto bajo el entendido que cual ocurre por principio en todas las especies de simulación, la configuración de este fenómeno tampoco es posible en el ámbito de los extremos subjetivos del contrato si no media un ‘pacto para simular’ **en el cual consientan el interponente, la persona interpuesta y el tercero**, pacto cuyo fin es el de crear una falsa apariencia ante el público en cuanto a la real identidad de aquellos extremos y que no necesita para su formación, que se produzca en un momento único, habida consideración que su desarrollo puede ser progresivo y, por ejemplo, terminar consumándose mediante la adhesión por parte de un tercero adquirente a la farsa fraguada de antemano por quien enajena y su testafarro, aceptando por consiguiente las consecuencias que su interposición conlleva’ (G.J. Tomos CXXXVIII, CLXVI pág. 98, y CLXXX pág. 31, entre otras)” (cas. civ. sentencia de 28 de agosto de 2001, Exp. 6673)”¹⁵*

De lo visto, para configurar la simulación relativa por interpuesta persona declarada por la Juez, en el caso de marras debían concurrir las voluntades tanto del señor JARG, de los señores TG y así también, la del BANCO COLPATRIA MULTIBANCA COLPATRIA S.A., pacto para simular que debía ser consecuencia de esa inteligencia simulatoria trilateral.

Al respecto, acierta el alzadista al mencionar que en el plenario no se encuentra demostrada la voluntad del BANCO COLPATRIA MULTIBANCA COLPATRIA S.A. que estuviera destinada a llevar a cabo un pacto simulatorio en convenio con el demandante RG y los demandados TG para la emisión de los controvertidos CDT. Máxime, si se considera que la entidad financiera al momento de dar contestación a la demanda una vez fue vinculada, desconoció tal situación manifestando que es totalmente ajeno a su objeto social.

En el mismo sentido, también debe tenerse en consideración que el BANCO COLPATRIA MULTIBANCA COLPATRIA S.A. como persona jurídica que es, únicamente puede obligarse a través de su representante legal y conforme a las facultades otorgadas por sus estatutos, ello en virtud de lo establecido en el Código de Comercio en su artículo 196 que prescribe de manera literal que la representación de la sociedad y la administración de sus bienes y negocios se ajustaran a las estipulaciones del contrato social, conforme al régimen de cada tipo de sociedad. Igualmente se precisa, que a falta de estipulaciones se entenderá que las personas que representen a la sociedad podrán celebrar o ejecutar todos los actos comprendidos dentro del objeto social o que se relacionen directamente con la existencia y funcionamiento de la sociedad.

Ahora, en cuanto se trata de sociedades anónimas, el artículo 440 de la norma ibídem señala que por lo menos tendrán un representante legal con uno o más suplentes, y el 442 indica que las personas cuyos nombres aparezcan escritos en el correspondiente registro mercantil como gerentes principales y suplentes serán los representantes de la sociedad para todos los efectos legales, mientras no se cancele su inscripción mediante el registro del nuevo nombramiento.

Bajo ese entendido, de los estatutos sociales del BANCO COLPATRIA MULTIBANCA COLPATRIA S.A. (E.P. No. 00511 de marzo 15 de 2010), disponibles en la página web constituida como su domicilio virtual¹⁶, puede leerse que el domicilio principal de dicha entidad es la ciudad de Bogotá D. C., indicando de manera precisa que podrá establecer **agencias** en otras ciudades del País cuando así lo determine la junta directiva.

¹⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia de 16 de diciembre de 2010. M.P. William Namén Vargas. Ref.: C-47001-3103-005-2005-00181-01.

¹⁶ www.banco.colpatria.com.co/Inversionistas/pdf/estatutosocial.pdf

Dentro del mismo texto, específicamente en su artículo 55, se precisa que las agencias de la sociedad comercial son dependencias suyas, abiertas como establecimientos de comercio y sujetas a los estatutos, a los reglamentos e instrucciones que impartan la Asamblea General de Accionistas, la Junta Directiva y el Presidente de la Sociedad. Se resalta en el artículo 56 que las agencias estarán dirigidas por directores o gerentes, quienes no tendrán ninguna representación legal de ellas.

Así, de lo dicho para la Corporación quedan claras dos cosas, la primera, que el establecimiento de comercio BANCO COLPATRIA ubicado en Av. Panamericana de la Ciudad de Pasto no es una Sucursal sino una Agencia Mercantil, a la cual no pueden aplicársele las disposiciones contenidas en el artículo 263 del Código de Comercio¹⁷; la segunda, que la directora o gerente de dicha sede no tiene ninguna facultad para representar a la sociedad BANCO COLPATRIA MULTIBANCA COLPATRIA S.A. y de ahí que no tenga facultades para expresar la voluntad de la sociedad anónima y menos aún su personal subalterno respecto de la realización de contratos simulados, los que escapan por completo a su objeto social.

Bajo esa perspectiva, ante la negación indefinida del demandado BANCO COLPATRIA MULTIBANCA COLPATRIA S.A., correspondía a la parte actora demostrar que la voluntad de dicha entidad emisora de los Certificados de Depósito a Término también concurrió en el acuerdo simulatorio, lo cual del material probatorio allegado jamás puede entenderse demostrado, menos de lo manifestado por quienes en su oportunidad se desempeñaban como empleados de la Sede ubicada en la Av. Panamericana de la ciudad de Pasto, entre ellos, MFCV¹⁸ y LA¹⁹.

Por lo anterior, la falta de demostración del pacto para simular en el que consintieron el interponente, la persona interpuesta y el tercero, para el caso, el señor JARG, los señores GATG y FJLTG y el BANCO COLPATRIA MULTIBANCA COLPATRIA S.A., hace que sea imposible que los hechos y pretensiones de la parte actora configuren la simulación relativa por interpuesta persona. No obstante, la inadecuada subsunción hecha por la Juez, no es por sí sola suficiente para denegar los pedimentos del demandante.

5.3. Facultad del *Ad quem* de interpretación de la demanda

Sobre este tópico, como se mencionó en párrafos anteriores, el ideal perseguido por la normas procesales que regulan la forma, contenido y anexos de la demanda, es que la parte actora enliste de forma clara los hechos en que se fundamenten sus pretensiones, y respecto de estas últimas que develen real y jurídicamente lo querido o solicitado por el demandante, todo obviamente bajo la invocación de normas específicas de derecho. Lo anterior, como una derivación del principio dispositivo.

Al respecto, la máxima regente de la Jurisdicción ordinaria en su especialidad civil ha dicho:

"Las controversias suscitadas entre particulares, normalmente, están signadas por el principio dispositivo, esto es, que el pronunciamiento del juez -en línea de principio- ha de quedar confinado a lo que pidieron las partes, en tanto que son ellas las únicas llamadas a estimar el alcance de lo que quieren reclamar de la jurisdicción.

*La voluntad de los contendientes procesales, entonces, constituye el marco de referencia para determinar los límites de la decisión judicial, sin que pueda el juzgador involucrar de su propia inventiva asuntos ajenos a las pretensiones y excepciones, so pena de incurrir en incongruencia, vicio que se presenta cuando decide más de lo que se le solicita, cuando otorga algo diferente a lo debatido o cuando se abstiene de emitir pronunciamiento sobre alguno de los puntos que oportunamente fueron planteados"*²⁰.

Se destaca entonces que en todo caso, es la voluntad de las partes la que determina el marco de decisión del Juez. Pues en la misma providencia se reiteró:

¹⁷ Son sucursales los establecimientos de comercio abiertos por una sociedad, dentro o fuera de su domicilio, para el desarrollo de los negocios sociales o una parte de ellos, administrados por mandatarios con facultades para representar a la sociedad.

¹⁸ Fl. 19 - C. No. 5.

¹⁹ Fl. 10 - C. No. 5.

²⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia de 13 de mayo de 2010. M.P. Edgardo Villamil Portilla. Ref: Exp. No. 11001-31-10-001-1999-00013-01.

*"Al respecto, debe tenerse en cuenta que no resulta afortunado apartarse del uso natural del lenguaje, con abandono de la intención de las partes, para construir a partir de expresiones descontextualizadas una secuela extraña a lo que se persigue con el acto de comunicación. Tratar de extraer de una manifestación concreta algo que parece ajeno a lo pretendido por quien la origina, y por esa vía limitar el ejercicio de un derecho, o dar por renunciada una pretensión, es cuestión que no puede permitir el ordenamiento jurídico, cuyas instituciones se han levantado sobre la base de las realidades y vivencias que necesitan ser reguladas en su verdadera dimensión, más allá de la mera forma o del simple criterio nominal"*²¹.

Ahora, consecuente con lo anterior, la Sala recuerda que una vez expuestos los hechos por la parte actora en el respectivo acápite de la demanda, es en el Juez en quien reside la facultad de hacer la atribución o imputación jurídica que corresponda. Y así lo tiene entendido la Corte Suprema de Justicia:

*"El juzgador, es cierto, reconoció que, literalmente, la pretensión declarada, no había sido formulada, pero aunado a la competencia oficiosa que encontró, debe decirse que como la "inexistencia" de un acto o contrato responde a una categoría jurídica, su empleo por la demandante, en forma sacramental o en un campo determinado de la demanda, se tornaba irrelevante, pues lo esencial era que aparecieran expuestos en su texto los hechos que le servían de fundamento, para que sea el sentenciador, por ser de su exclusivo resorte, quien haga la atribución o imputación jurídica correspondiente. Como tiene explicado la Sala, "más que la forma de su exposición, más que el título o sección del libelo donde se plasme, lo relevante es que el actor refiera ese elemento causal de la pretensión, porque sin él no quedaría adecuadamente definido su marco ni el del objeto del proceso, como tampoco la senda del juzgamiento. A ese respecto no es permisible olvidar que no existe 'en nuestra legislación procedimental un sistema rígido y sacramental que obligue al demandante a señalar en determinada parte de la demanda o con fórmulas especiales su intención, sino que basta que aquélla aparezca claramente del libelo, ya de manera directa o expresa, ya por una interpretación lógica basada en conjunto de la demanda (...)'. Al fin y al cabo, como componentes que son de un todo, los diversos acápites de ese escrito rector del proceso han de articularse, correlacionarse, porque sólo de esa conjunción puede brotar la voluntad que realmente quiso expresar su autor al estructurarla"*²².

Por ello, en oportunidad más reciente destacó:

*"Subsistiendo la incompatibilidad al momento de dictar sentencia, se debe propender por salvar la irregularidad con criterios de proporcionalidad, en el sentido de no sacrificar el fondo por la forma, y de eficacia, en cuanto cupiere la aplicación del principio de economía procesal, fin último del instituto de la acumulación de pretensiones. Por ejemplo, eliminando la informalidad mediante una interpretación racional del escrito genitor, a cuyo propósito, al decir de la Sala, se "(...) estará más a la intención del actor que a lo literal de las palabras, **se cotejará las distintas partes del libelo apreciándolo en su conjunto, se preferirá el sentido en que una petición puede producir algún efecto a aquel en que no pueda producir ninguno**"*²³.

Reiterando en la misma providencia:

"Entre otras cosas, porque como tiene explicado esta Corporación, la "(...) intención del actor está muchas veces contenida no sólo en la parte petitoria, sino también en los fundamentos de hecho y de

²¹ Ibid.

²² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia de 16 de diciembre de 2010. M.P. Jaime Alberto Arrubla Paucar. Referencia: C-0500131030072003-00502-01.

²³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia de 21 de junio de 2016. M.P. Luis Armando Tolosa Villabona. Exp. SC8210-2016.

²⁴ CSJ. Civil. Sentencia reiterativa de 6 de septiembre de 2010, expediente 00085, evocada también en fallo de 24 de febrero de 2015, expediente 1503.

derecho (...)” . Por lo mismo, según en otra ocasión se señaló, la “(...) torpe expresión de las ideas per se no puede ser motivo de rechazo del derecho suplicado cuando éste alcanza a percibirse en su intención y en la exposición que de los presupuestos fácticos hace el demandante en su demanda (...)”²⁵.

Por ello, en atención a los postulados antes expuestos y en virtud de la facultad que el ordenamiento jurídico le otorga a quien se encuentra investido de jurisdicción y con competencia, procederá la Sala a analizar el libelo, desentrañando su real sentido y la verdadera intención del actor. Así, con fundamento en los hechos y pretensiones, además de las pruebas, se procederá a realizar la correcta atribución o imputación jurídica.

5.4. Análisis de los elementos axiológicos de la acción de declaración de existencia de un mandato oculto

Para esta Colegiatura, la acción ejercida por el actor configura la de declaración de existencia y cumplimiento del contrato de mandato, frente a lo cual se hace necesario traer los siguientes extractos provenientes de la máxima regente de la Jurisdicción Ordinaria en su especialidad Civil:

“El contrato de mandato, por su lado, es acuerdo dispositivo de intereses, por cuya inteligencia, una parte denominada mandante, “confía la gestión de uno o más negocios a otra, que se hace cargo de ellos por cuenta y riesgo de la primera” (C.C. art. 2142), el mandatario puede contratar “a su propio nombre o al del mandante; si contrata a su propio nombre no obliga respecto de terceros al mandante” (art. 2177, ibíd.), y según la definición consagrada en el artículo 1262 del Código de Comercio, por su virtud “una parte se obliga a celebrar o ejecutar uno o más actos de comercio por cuenta de otra”.”²⁶.

En ese sentido, también se ha manifestado que el contrato de mandato se configura en varios tipos y así lo explica la jurisprudencia respecto del mandato con representación:

“Cuando es representativo, el mandatario actúa en nombre, por cuenta y riesgo del mandante, invocando, dando a conocer o haciendo cognoscible esta condición (contemplatio domini), los efectos jurídicos del acto o negocio jurídico celebrado, concluido o ejecutado dentro de los precisos límites, facultades y atribuciones otorgadas en el poder (procura), tanto inter partes cuanto respecto de terceros, recaen en forma directa e inmediata sobre el patrimonio del dominus, titular exclusivo de los derechos y sujeto único de las obligaciones, por ende, de las acciones y pretensiones inherentes, como si hubiera actuado e intervenido directa y personalmente. La actuación en nombre ajeno, en forma de conocerse por todos el mandante representado, caracteriza el tipo contractual, y en consecuencia, evidencia la sustitución”²⁷.

Y respecto del no representativo:

“Contrario sensu, en el mandato no representativo, en rigor, el mandatario carece de la representación del mandante, y por consiguiente, actúa a riesgo y por cuenta ajena pero en su propio nombre, en cuyo caso, se presenta como parte directa interesada y frente a terceros figura como titular de los derechos, es sujeto pasivo de las obligaciones, ostenta la posición de parte, tiene legitimación jurídica para exigirlos y está sometido a las acciones y pretensiones respectivas”²⁸.

No obstante, ambas modalidades pueden aparecer bajo una tercera forma del mandato, denominada mandato oculto, del cual se ha explicado:

“Distinta es la hipótesis del mandato “oculto”, el cual se presenta, según expresa el simple nomen, cuando se esconde, no se indica, ni da a conocer o hace cognoscible a terceros, verbi gratia, el mandatario

²⁵ CSJ. Civil. Sentencia de 16 de febrero de 1995 (CCXXXIV-234), reiterada en fallo de 23 de septiembre de 2014, expediente 00068, entre otros. Citada en: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia de 21 de junio de 2016. M.P. Luis Armando Tolosa Villabona. Exp. SC8210-2016.

²⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia de 16 de diciembre de 2010. M.P. William Namén Vargas. Revista Jurisprudencia y Doctrina N°:470 de febrero de 2011, PG.138.

²⁷ Ibíd.

²⁸ Ibíd.

celebra o ejecuta el acto como suyo, en su nombre, a riesgo propio, y por su propia cuenta, sin expresión o mención alguna del mandato ni del mandante.

Esta conducta puede obedecer a la imposición del poder, instrucciones del dominus o iniciativa del mandatario, en cuyo caso, los efectos del acto se radican en este porque el dueño del interés permanece oculto al tercero y el mandato o la procura en estas condiciones no le es oponible, salvo que llegue a conocerlo y lo invoque para prevalecerse.

La ocultación puede versar sobre el mandato con o sin representación, porque basta, ocultarlo, cualesquiera sea.

Más en tal caso, existe mandato, y por ende, un verdadero acto dispositivo correspondiente al negocio jurídico celebrado entre mandante y mandatario, así permanezca oculto a terceros.

Justamente, el mandato oculto, ya representativo, ora carente de la representación, configura un evento de interposición real, verídica y cierta.

(...)

Por el contrario, en línea de principio, en el mandato oculto, si bien el mandatario actúa en nombre propio al celebrar o ejecutar directamente el acto o negocio, lo hace a riesgo de otro y por cuenta ajena y, también, si tiene la representación mantiene el secreto de la misma.

En consecuencia, el mandatario nunca será testaferro, interpuesto ficticio ni presta-hombre, porque contrae por cuenta ajena y a riesgo de otro, pero actúa en nombre propio si carece de representación, y cuando la tiene y oculta, desde luego, no se desdibuja el mandato, porque su misión es cierta, verídica y real”²⁹.

Igualmente, debe advertirse que el mandato oculto se diferencia del que se denomina aparente:

“Para seguridad de los negocios jurídicos y en defensa de los terceros de buena fe, hizo su aparición la teoría del mandato aparente. Varias exigencias se requieren para que pueda darse esta clase de mandato, a saber: 1) Que una persona contrate en nombre y lugar de otra; 2) Que por las apariencias que rodean el negocio por la conducta del presunto mandante, el tercero que contrata pueda creer fundamentalmente y de buena fe, que celebra la convención con quien tiene poder suficiente para representar a dicho mandante. “Se necesita —ha dicho la Corte en sentencia reciente— que el mandatario actúe en nombre ajeno, pues si lo hace en su propio nombre no podría hablarse en tal caso de mandato aparente, habría quizá ocasión de pensar en un mandato oculto, pero lo secreto es contrario a lo aparente. Es también indispensable que las circunstancias relativas al negocio o al comportamiento del mandante, le ofrezcan al tercero fundamento para suponer de buena fe que contrata con el verdadero mandatario de aquél. Si no existe esta apariencia o si el tercero tiene a su disposición medios adecuados para comprobar que ella es ficticia y que el mandatario no lo es en realidad, tampoco es posible hablar de mandato aparente”³⁰.

Ahora, para fundamentar el criterio de esta Corporación en indicar que la acción ejercida por el señor JARG está relacionada con la declaración de existencia y cumplimiento de un contrato de mandato sin representación, pertinente resultan las siguientes glosas:

“En torno a los efectos del mandato sin representación, la Corte, reiterando doctrina anteriormente expuesta (LXXI, pág. 358; XC, pág. 545), ha dicho que la acción de que dispone el mandante para que el mandatario le traspase los bienes provenientes del negocio sustitutivo es de naturaleza personal y no real. (Esto es, que le corresponde al primero iniciar aquella acción tendiente a que por la jurisdicción se le reconozca su derecho y consecuentemente, el sustituto cumpla con la obligación derivada del contrato de mandato).

Al respecto expuso:

“En el mandato sin representación, entonces, el mandante no tiene el derecho ni acción algunos contra los terceros que han contratado con su mandatario. Como lo ha dicho la Corte “la acción para hacer efectivo el derecho del mandante en el caso de que el mandatario haya estipulado y adquirido en su propio nombre y se niegue a transmitirle el derecho adquirido, la concede el artículo 2177 del

²⁹ Ibid.

³⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia de mayo de 1964.

Código Civil al permitir el mandato oculto: nace de la celebración misma del contrato y **es una acción personal contra el apoderado para que se declare, a través de un adecuado establecimiento probatorio del mandato, que los efectos del contrato corresponden al mandante y a él lo benefician exclusivamente.**" (CLII, 1º, pág. 153).

Entendida así la naturaleza de esta acción por causa del incumplimiento del mandatario, debe seguirse que siendo personal nace, como es obvio, de los derechos personales o de crédito como un medio de tutela de éstos (C.C. arts. 665 y 666); y que, por consiguiente, **acreditado el vínculo, de este orden, entre acreedor y deudor, el primero tiene el poder de exigir del segundo una determinada acción u omisión.**

Se impone en consecuencia colegir que en procesos como el presente en donde se ejercita una acción personal, **como que las obligaciones del mandatario nacen del contrato de mandato, ésta está encaminada a imponer una prestación respecto de determinado sujeto pasivo a cuyo cargo existe la obligación, ora para que ejecute un hecho positivo o ya para que se abstenga de algo,** correspondiendo al interesado entonces, **acreditar primeramente la existencia del vínculo, pues, repítase, se trata de una obligación nacida ex contrato, para luego deducir el deber que tiene el mandatario de transferir los bienes que haya adquirido para el representado**".

Bajo el crisol de lo expuesto, para la Sala la acción ejercida por el señor JARG es de naturaleza personal y está dirigida a develar la existencia de un contrato de mandato oculto sin representación entre él y los señores TG a fin de que sea declarado judicialmente, y en consecuencia, se indique que los efectos de la suscripción de los Certificados de Depósito a Término, corresponden al demandante y sólo a él benefician. Además, una vez develado el acuerdo, se imponga a cargo de los señores demandados una prestación, consistente en la ejecución de un hecho positivo, la transferencia de los títulos.

Por ello, la carga demostrativa de la parte actora debía estar destinada a develar en primer lugar la existencia del vínculo, para luego deducir el deber que tiene el mandatario de transferir los bienes que haya adquirido para el representado. Lo anterior, por cuanto en los hechos de la demanda se relató que existió un acuerdo entre demandante y demandados, para que los últimos tramitaran a su nombre la apertura de dos certificados de depósito a término, por el motivo de que el actor corría peligro si gestionaba la expedición de dichos certificados a su nombre directamente, situación que también se expresa en las pretensiones cuando de manera literal se expresó: "en virtud del acuerdo verbal entre ellos celebrado en esta ciudad"³¹.

Ahora, en este punto este Juez Colegiado considera importante resaltar:

*"A propósito del cargo que acaba de compendiarse, y particularmente de la forma adoptada por el recurrente para enjuiciar la apreciación de los elementos de juicio tenidos en cuenta por el tribunal para concluir, **a través de la prueba indiciaria, en la existencia del mandato conferido por la sociedad actora R.G. al demandado R.M.R., para que en la adquisición del inmueble ubicado en la calle 12 N° 10-30/32 de la nomenclatura de San Gil (Santander) obrara como su mandatario, sin que así lo expresara en el momento de celebrar el respectivo contrato, resulta oportuno recordar que el mandato oculto, al igual que la simulación, difícilmente puede demostrarse con prueba directa, por cuanto lo que se busca con el ejercicio de la pretensión respectiva es descubrir la existencia de una autorización secreta, que usualmente no es expresa sino implícita, razón por la cual el interesado en evidenciarlo dispone de todos los elementos de prueba que puedan llevarle al juez la convicción de su ocurrencia,** "... no sólo porque en tal supuesto lo que se busca es la demostración de un **contrato de mandato, el cual en nuestro derecho es típicamente consensual,** sino también y fundamentalmente porque no se trata en tal hipótesis de acreditar las obligaciones generadas de un acto jurídico solemne, otorgado con intervención de un testafiero, sino **el acuerdo preexistente entre éste y el verdadero interesado en la negociación**" (Cas. Civ. mayo 17/76 - G.J. T. CLII, pág. 154), dificultad probatoria que generalmente obliga a quien pretenda demostrar la existencia de un pacto de dicho linaje, a recurrir a los indicios, es decir, a todo rastro, vestigio, huella, circunstancia y en general a todo hecho conocido, debidamente comprobado, susceptible de llevarle al funcionario judicial, por vía de la inferencia, la convicción de su ocurrencia"*³².

³¹ Fl. 2 - C. Principal.

³² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia de 16 de febrero de 1996. M.P. Rafael Romero Sierra. Exp. 4575.

En ese orden de ideas, se precisa que el contrato de mandato está regulado en los artículos 2142 a 2199 del Código Civil, y en virtud de él los sujetos negociales regulan entre sí la relación jurídica en la cual uno de ellos se compromete a gestionar negocios a favor de otro, por cuenta del beneficiario de la gestión. Pacto que se caracteriza por ser típico, nominado, bilateral si surgen obligaciones para ambas partes o unilateral si se trata de un mandato gratuito, conmutativo, es contrato de forma libre, bipersonal y no es traslativo de dominio, en tanto que de él no surge obligación de transferir unos bienes por un precio³³.

También debe resaltarse que la inexistencia del contrato sólo puede darse por la falta de los elementos esenciales, es decir, si no se ha pactado gestión que debe cumplir el mandatario o no se compromete el mandante a otorgar facultades, lo anterior por cuanto no existen exigencias especiales de idoneidad de los sujetos, ni formalidades sustanciales o constitutivas.

Así, del material probatorio obrante en el plenario se iniciará por destacar que es un hecho demostrado que los señores demandados JA y FJTG desempeñaban ciertas labores para el demandante JARG, tal como lo acreditan los testimonios de BJPO³⁴, NIMV³⁵, CRR³⁶, JCPM³⁷ y las señoras DGAM³⁸ y ARDT³⁹, todas personas mayores de edad, quienes al relatar respecto de los hechos en cuestión, fueron responsivos y coherentes en indicar que los demandados realizaron durante un periodo de tiempo, trabajos para el demandante.

Respecto de lo dicho por la señora ARDT, debe tenerse en cuenta que reconoció su condición de compañera permanente del demandante, y en esa medida sería entendida como una testigo sospechosa. No obstante, ello no significa necesariamente que mienta en su relato, sino simplemente que su versión debe ser analizada con mayor detenimiento en comparación con el restante material probatorio, sin que esta Sala encuentre mayores contradicciones en lo que ahora es objeto de análisis.

Por otra parte, también está demostrado que los demandados, o al menos el señor GATG era una persona conocida y de confianza del demandante, no otra cosa puede decirse después de la lectura del documento que obra a folio 161 del cuaderno 1, donde el Sr. JARG certificó que el inicialmente nombrado era su conocido de manera directa y personal, a quien describió como una persona honorable, recta, responsable, con pulcritud y transparencia. De la misma confianza también habla la señora DGAM, quien por razones de su trabajo como Jueza de la República conoció a los dos demandados, y topándose con GT él le manifestó que ya iban a firmar unos documentos relacionados con el conflicto de maras.

En el mismo sentido, la ya mencionada señora ARDT manifestó en su versión que el dinero depositado y que dio lugar a la expedición de los certificados de depósito a término, era del demandante RG y que la constitución de los CDT se hizo a nombre de los demandados en virtud del grado de confianza que el actor tenía en sus ahora contradictores.

La versión anterior, que si bien podría considerarse sospechosa, coincide perfectamente con lo manifestado por LPAG y MFCV, testigos presenciales de la negociación, personas que en sus funciones de empleados de la Agencia del BANCO COLPATRIA MULTIBANCA COLPATRIA S.A. ubicada en la Av. Panamericana de la Ciudad de Pasto y quienes intervinieron directamente en la elaboración de los Certificados de Depósito a Término, indicaron que si bien fueron suscritos por los señores TG, la persona que realizó las cotizaciones, eligió el término, el valor y otros detalles fue el actor, siendo el dinero depositado de su propiedad, más no de los demandados.

A partir de los hechos que han sido demostrados a partir de las pruebas antes referidas, es posible inferir para la Sala la existencia del contrato de mandato oculto, mediante el cual en virtud de la confianza que existió en su momento entre los ahora extremos en litigio, convinieron que los señores TG suscribieran a su nombre los

³³ BOHÓRQUEZ ORDUZ, Antonio. De los negocios jurídicos en el derecho privado colombiano, de algunos contratos en particular. Tomo III. 2ª Ed. Ediciones Doctrina y Ley Ltda. Bogotá, 2014. p. 454-455.

³⁴ Fl. 5 - C. No. 6.

³⁵ Fl. 8 - C. Ibíd.

³⁶ Fl. 11 - C. Ibíd.

³⁷ Fl. 15 - C. Ibíd.

³⁸ Fl. 20 - C. No. 5.

³⁹ Fl. 26 - C. No. 5.

Certificados de Depósito a Término de los que trata la demanda, gestión que debían cumplir en calidad de mandatarios otorgándoles dicha facultad el señor JAR, propietario de los dineros que fueron depositados en la Agencia del BANCO COLPATRIA MULTIBANCA COLPATRIA S.A. ubicada en la ciudad de Pasto.

Con ello, se demuestran los elementos esenciales del contrato objeto de análisis, siendo estos la gestión que debía cumplirse y el otorgamiento de facultades, tratándose para el caso de un mandato gratuito en la medida en que no se pactó precio por la gestión a realizar, sin que ello afecte de ninguna forma la validez o existencia del convenio. Por lo demás, fue celebrado entre personas capaces, sin que tampoco pueda hablarse de causales de ineficacia, ni automática ni por disposición particular.

Igualmente, con fundamento en lo anterior, también puede deducirse válidamente que en virtud del contrato convenido de forma verbal, en el que el señor JARG actuó en calidad de mandante, que los señores TG en su condición de mandatarios tienen el deber de transferir los bienes que adquirieron para el representado.

Al respecto, también vale decir que de las declaraciones de la señora DGAdEM y de CFTP, puede advertirse que ellos fueron testigos de cómo el señor GT confirmó la procedencia y titularidad de los depósitos y que los Certificados de Depósito a Término no les pertenecían, conclusión que expuesta también por la *A quo*, esta Sala comparte.

Por otra parte, en atención a las reglas de la experiencia, no es lógico para la Sala que si los demandados son unas personas tan solventes económicamente como pretendieron demostrarlo a través de las pruebas que fueron allegadas por ellos, dedicándose además de la comercialización de marroquinería, al préstamo de cantidades de dinero, a la compra y venta de motos, incluso a actividades relacionadas con la ganadería, deban confiar en otra persona a efectos de conservar con seguridad unos específicos títulos valores, pues aparte de los que son objeto de controversia, nada más encargaron al señor JAR, máxime si se tiene en cuenta que no demostraron la existencia de cuentas bancarias, contabilidad de sus ingresos, recibos, contratos u otro medio de prueba que pudiera indicar la cuantía de sus bienes o ganancias.

En igual sentido, se debe afirmar que de acuerdo al aparte doctrinal aportado por el alzado en la sustentación del recurso, y como se advirtió en páginas anteriores, la simulación de persona en los contratos no se concibe sin que sea fraguada por todos los que en ellos intervienen como partes, de lo contrario, obedecerá a un convenio aislado, independiente del contrato, que en nada podrá afectar la realidad del contrato mismo. No obstante, ello se precisa cuando se trata de la acción de simulación relativa, pero ya se indicó que el mandante tiene la acción personal en contra del mandatario, a efectos de éste reconozca el derecho del primero cuando se niegue a transmitirle el derecho adquirido.

Ahora, en virtud de la errada interpretación dada por la juez de instancia a la demanda que ha sido interpuesta, se vinculó como litisconsorte necesario por pasiva a la entidad BANCO COLPATRIA MULTIBANCA COLPATRIA S.A., situación que es equivocada en la medida que el actor no dispone legitimación en la causa por activa y en consecuencia, dicha sociedad tampoco la tendría por pasiva respecto de las pretensiones que han sido formuladas. Lo anterior, por cuanto: *"En el mandato sin representación, entonces, el mandante no tiene el derecho ni acción algunos contra los terceros que han contratado con su mandatario"*⁴⁰.

Al respecto, es cierto que en la sentencia pueden desprenderse órdenes que tengan como destinatario a la mencionada entidad bancaria, pero ello no significa que deba ser vinculada como parte del proceso. Sucede lo mismo por ejemplo, cuando en los procesos de prescripción adquisitiva de dominio se ordena la inscripción de la sentencia en el respectivo folio de matrícula inmobiliaria, sin que por ello la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos deba ser vinculada como demandada.

Como corolario de lo expuesto:

La interpretación de la demanda y la integración del contradictorio hechos por la Juez de primera instancia, si bien resultan equivocados según la argumentación construida por la Sala, se constituyen como una derivación de

⁴⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia de 16 de junio de 1987.

los poderes-deberes del fallador establecidos en la ley que le encargan la labor de dirección del proceso, sin que con ello se haya afectado prerrogativas fundamentales de la parte demandada, ni de ninguna índole capaces de constituir los presupuestos de una vía de hecho.

Igualmente, si bien la calificación jurídica o la subsunción hecha por la juez fue incorrecta, pues entendió que se trataba de una simulación relativa por interpuesta persona en lugar de una acción de declaración de existencia y cumplimiento de un contrato de mandato oculto, los efectos de la misma ya sea en uno u otro caso, es decir, las órdenes contenidas en la sentencia de primera instancia son congruentes con lo pretendido en la demanda, de ahí que la única disposición que será revocada del fallo *A quo* será el numeral primero, confirmándola en lo demás, salvo una adición que se realizará según el memorial allegado por el BANCO COLPATRIA MULTIBANCA COLPATRIA S.A.

Por lo demás, la adecuada interpretación de la demanda indicó que la acción ejercida por el actor es la que se analizó al interior de este fallo, cuyos presupuestos debidamente acreditados indican el reconocimiento del derecho radicado en el señor JAR y en consecuencia la prosperidad de las pretensiones. Indicar lo contrario sería una derivación de un excesivo procesalismo que atentaría contra la tutela jurisdiccional efectiva y el mandato según el cual la finalidad de los procedimientos es la efectividad de las prerrogativas reconocidas por la ley sustancial.

Vale aclarar, que la variación en la atribución o imputación jurídica no varía ni las pretensiones, ni tampoco implica mayores variaciones en la parte resolutive de la sentencia.

5.5. Solicitud presentada por BANCO COLPATRIA MULTIBANCA COLPATRIA S.A.

En último lugar, se avizora a folio 25 del cuaderno de segunda instancia el memorial presentado por la representante legal para fines judiciales del BANCO COLPATRIA MULTIBANCA COLPATRIA S.A., en donde destaca que la sentencia de primera instancia en la forma en que fue proferida no podrá ser cumplida por el Banco. Al respecto, indicó que el CDT No. 16000026160 se encuentra embargado por la Secretaría de Tránsito y Transporte Municipal de Pasto al interior de un proceso coactivo en contra del señor FJTG por la suma de SEIS MILLONES SESENTA Y TRES MIL OCHENTA PESOS (\$6.063.086).

Bajo ese entendido, los títulos valores se encuentran regulados por el libro tercero del Código de Comercio, comprendidos dentro de los bienes mercantiles, y definidos por el artículo 619 como documentos necesarios para legitimar el derecho literal y autónomo que en ellos se incorpora. Pueden ser de contenido crediticio, corporativos o de participación, y de tradición o representativos de mercancías.

Bajo ese entendido, en virtud del principio de la incorporación se entiende que existe una inseparabilidad o una indisoluble unión que en materia de títulos valores se presenta entre el derecho y el documento, o en otras palabras, entre el derecho y el papel representativo del documento.

Ahora, debe tenerse en cuenta que los Certificados de Depósito a Término, son títulos valores nominativos, es decir, son de aquellos en los que el tenedor debe estar registrado en el libro que lleve el creador del título para ser considerado tenedor legítimo. Bajo ese entendido, los CDT son bienes muebles sujetos a registro y en consecuencia, su embargo y secuestro se perfeccionan en la forma establecida en el numeral 1º del artículo 681.

Por lo anterior, con fundamento en la información brindada por BANCO COLPATRIA MULTIBANCA COLPATRIA S.A., en virtud del proceso de jurisdicción coactiva adelantado por la Secretaría de Tránsito y Transporte Municipal de Pasto en contra del señor JTG, quien aparece como titular del CDT No. 16000026160, se inscribió el embargo de dicho título valor por la entidad creadora del título, situación que se adecua a la normatividad civil aplicable a la materia cuando se trata de bienes muebles sujetos a registro. En consecuencia, los efectos de la sentencia respecto del instrumento de comercio en mención, se condicionarán al levantamiento de la cautela.

Finalmente, en atención a lo establecido por la primera regla del artículo 365 del C. G. del P. se impone condenar en costas a la parte alzadista, por haberse resuelto el recurso de forma desfavorable. Además, tal como lo advierte el numeral 3º del artículo 366 *ibídem*, se debe fijar lo pertinente a las agencias en derecho. Para ello, se tendrá en

cuenta lo establecido en el numeral 1.1. del artículo 6º del Acuerdo 1887 proferido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, que determina que aquellas podrán ascender **HASTA** el valor de cuatro salarios mínimos legales mensuales vigentes.

III. DECISIÓN

Amén de las consideraciones que atrás se han dejado sentadas el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto en Sala de Decisión Civil Familia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley:

Resuelve:

PRIMERO. MODIFICAR el ordinal primero de la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Pasto, el cual dispondrá:

"1. DECLARAR que entre el señor JARG y los señores GA y FJTG se celebró un contrato de mandato oculto con el fin de que los demandados en calidad de mandatarios, realizaran la gestión de celebrar los contratos de depósito a término fijo documentados en los CDT emitidos por el BANCO COLPATRIA MULTIBANCA COLPATRIA S.A. No. 161000027050 y 161000026160 del 17 de julio de 2009 y 16 de diciembre de 2008, a favor del mandante JARG, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia"

SEGUNDO: MODIFICAR el ordinal tercero del fallo de primera instancia proferido al interior del presente asunto, en el sentido de suprimir la frase: *"frente al acto simulado relativamente"* y **ADICIONAR** un párrafo que dispondrá:

"El cumplimiento de las órdenes impartidas respecto del CDT No. 16000026160 cuya entidad emisora es el BANCO COLPATRIA MULTIBANCA COLPATRIA S.A., se condiciona al levantamiento de la medida cautelar de embargo que reposa sobre el mismo ordenada por la Secretaría de Tránsito y Transporte de Pasto al interior del proceso de jurisdicción coactiva adelantado contra el señor FJTG".

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás el fallo proferido en primera instancia por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Pasto el día diecisiete (17) de junio de dos mil quince (2015) al interior del presente asunto.

CUARTO. CONDENAR al pago de las costas de segunda instancia a favor del demandante y a cargo de la parte demandada. Al momento de tasarlas, ténganse como agencias en derecho la suma de SEISCIENTOS NOVENTA MIL PESOS (\$690.000.00).

QUINTO. ORDENAR una vez culminada la actuación procesal el envío del expediente al Juzgado de origen dejando las anotaciones del caso en el libro radicator que corresponda.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

GABRIEL GUILLERMO ORTÍZ NARVÁEZ

Magistrado

AIDA MÓNICA ROSERO GARCÍA

Magistrada

FRANKLIN TORRES CABRERA

Magistrado

DIVORCIO DE MATRIMONIO CIVIL – CAUSALES 2ª y 3ª DEL ART. 154 DEL CÓDIGO CIVIL: Análisis Probatorio. / OBLIGACIÓN ALIMENTARIA – REQUISITOS: Al cónyuge no culpable divorciado se le deben alimentos, de cumplirse los presupuestos para ello - De la valoración del material probatorio recaudado dentro del proceso, se determina que hay lugar a declarar el divorcio del matrimonio civil celebrado entre las partes, al encontrarse acreditado que el demandado realizó conductas constitutivas de las causales alegadas, tales como malos tratos, insultos agresiones físicas y la sustracción de apoyo afectivo y moral para con su cónyuge, y por consiguiente, se abre paso a la prosperidad de la pretensión consecuencial de la imposición de la obligación alimentaria, al establecerse que el demandado ha sido culpable en forma exclusiva del divorcio, que posee la capacidad para su suministro y la necesidad de la actora del pago alimentario; obligación que se mantendrá mientras se conserven las condiciones que le dieron origen./

**TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL
SALA CIVIL FAMILIA**

ACTA DE AUDIENCIA DE ALEGACIONES Y FALLO

**TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL
SALA CIVIL FAMILIA**

ACTA DE AUDIENCIA DE ALEGACIONES Y FALLO

En el Despacho del Magistrado Ponente de la Sala Civil Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, siendo las cinco de la tarde (5:00 p.m.) del día veintinueve (29) de febrero de dos mil dieciséis (2016), fecha y hora señaladas en auto de ésta misma fecha, para realizar la audiencia de alegaciones y fallo dentro del **PROCESO VERBAL DE DIVORCIO** promovido por **AON** contra **RDRG**, se constituye la respectiva audiencia pública integrando la Sala los señores Magistrados Doctores **FRANKLIN TORRES CABRERA** y **AIDA MÓNICA ROSERO GARCÍA**. Se deja constancia que el Despacho del Magistrado Doctor **FABIO RAÚL LÓPEZ CHAVES**, también integrante de ésta Sala de Decisión, se encuentra vacante, ya que aún la H. Corte no ha designado su reemplazo. Al efecto, así constituida la audiencia y habiéndose designado además como Secretaria ad - hoc de la misma, a la auxiliar judicial del Magistrado Ponente, abogada María Carolina Pérez Guerrero, identificada con cédula de ciudadanía No. 37.80.956 expedida en Pasto (N), quien prometió cumplir legalmente sus deberes como tal, se declara instalada ésta actuación procesal. La secretaria hace constar que se han hecho presentes a la diligencia el abogado **JAMES ARTURO ZAMBRANO MORALES**, identificado con cédula de ciudadanía No. 12.996.728 y tarjeta profesional No. 124.597 del C. S. de la J., apoderado del demandado y su representado **RDRG**, quien presenta su cédula de ciudadanía No. ... expedida en Armenia (Q). Se deja constancia que nadie más se presentó al acto. Una vez presentada y oída las alegaciones de la parte apelante, y luego de deliberar, el Tribunal procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

Se decide por el Tribunal el **RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto por la parte demandada, contra la sentencia, que en audiencia cumplida el 19 de octubre de 2015, profirió el Juzgado Primero de Familia del Circuito de Pasto, en el curso del presente proceso Verbal de Divorcio de Matrimonio Civil, instaurado por **AON** contra **RDRG**.

I. ANTECEDENTES

PRETENSIONES. Pidió la actora se declare el divorcio del matrimonio civil, celebrado entre ella y el demandado; así como también la disolución de la sociedad conyugal, para proceder a su liquidación.

Requirió que el señor **RDRG** contribuya a su congrua subsistencia, por haber dado lugar al divorcio.

Por otra parte, instó dejar bajo su cuidado y tenencia al hijo menor habido dentro del matrimonio y que su padre aporte alimentos a favor de éste, en la suma equivalente al 25% de todos los ingresos que devenga en calidad de pensionado de la Policía Nacional, garantizándole además el derecho a la salud mediante la afiliación al sistema, y en lo que no cubra, el 50% de los costos. Adicionalmente que las visitas se realicen de manera libre, pero respetando los horarios del colegio y el hogar.

Finalmente, demandó se inscriba la sentencia en los libros respectivos¹.

FUNDAMENTO FÁCTICO. Sustentó sus anteriores pedimentos, expresando que contrajo matrimonio civil con el demandado el día 8 de marzo de 1995 ante el señor Notario Cuarto del Circuito de Pasto, procreando a LC, ÁP y ADRO, nacidos el 11 de septiembre de 1992, 10 de enero de 1994 y 11 de enero de 2009, respectivamente.

Señaló que el demandado incurrió en la segunda causal del artículo 154 del Código Civil, modificado por el artículo 6º de la Ley 25 de 1992, esto es, el grave e injustificado incumplimiento a los deberes que la ley le impone como esposo y que prevé el canon 176 de igual estatuto, en guardarse fe y socorrerse mutuamente en todas las circunstancias de la vida, toda vez que el señor RG no se interesa de lo que pueda suceder con la vida de su cónyuge, ni cuida su bienestar físico ni emocional, jamás le brinda apoyo moral, ha sostenido relaciones amorosas con distintas mujeres y desatiende sus obligaciones de sostenimiento económico.

Por otra parte, dijo que el demandado también incurrió en la tercera causal del artículo 154 del Código Civil, modificado por el artículo 6º de la Ley 25 de 1992, puesto que su comportamiento hacia ella es agresivo, física y psicológicamente, lastimándola con puntapiés, ahorcamientos, la amenaza con armas blancas, demerita y humilla.

Informó que dadas las constantes dificultades de pareja, lo convocó ante la Comisaria de Familia de ésta ciudad, llegando a un acuerdo respecto de la separación de cuerpos y los derechos de custodia, alimentos y visitas del menor hijo.

CONTESTACIÓN. Luego de admitirse la demanda², se procedió al emplazamiento del demandado³, y una vez vencido el término del artículo 318 del Código de Procedimiento Civil, sin lograr su comparecencia, se le designó Curador *Ad-litem*⁴, auxiliar de la justicia que luego de notificarse personalmente⁵, procedió a dar contestación al escrito incoativo, manifestando que se atiene a lo probado en el curso del proceso⁶.

Con auto del 28 de mayo de 2015, se citó a las partes a efecto de llevar a cabo la audiencia prevista en el artículo 432 del código procedimental de la materia, en concordancia con el artículo 101 *ibídem*⁷.

En diligencia del 16 de junio de 2015, se declaró fracasada la conciliación, prosiguiéndose con las etapas de saneamiento, fijación de hechos y pretensiones y el decretó y práctica de pruebas, tanto las suplicadas por las partes como las que de oficio se estimaron pertinentes⁸.

Continuando con el recaudo de los medios de convencimiento, se desarrolló la audiencia del 14 de julio de 2015, diligencia en la que comparece el demandado, quien además, con memorial separado, confirió poder a un profesional del derecho para que asuma su representación, disponiéndose por la juez de instancia reconocer la personería adjetiva al abogado designado y culminar la actuación del Curador *ad-litem*⁹.

En audiencia del 28 de julio de 2015 se recepcionaron los alegatos de conclusión, oportunidad procesal que fue aprovechada por las partes en debate¹⁰.

¹ Folios 1 a 13 del Cuaderno del Juzgado.

² Folio 15 *ibídem*

³ Folio 25 *ibídem*

⁴ Folio 30 *ibídem*

⁵ Folio 33 *ibídem*

⁶ Folios 34 y 35 *Ibídem*

⁷ Folio 36 *ídem*

⁸ Folios 38 a 42 *ibídem*

⁹ Folios 49 a 54 *ídem*

¹⁰ Folios 57 a 60 *ídem*

SENTENCIA APELADA. Dictada en audiencia el 19 de octubre de 2015, en ella el Juzgado Primero de Familia del Circuito de Pasto resolvió decretar el divorcio del matrimonio civil contraído por AON y RDRG el 8 de marzo de 1995, autorizando a los cónyuges tener residencias separadas y declaró disuelta y en estado de liquidación la sociedad conyugal correspondiente.

Por otra parte, confirió la custodia y cuidado personal de ADRO a su madre, lo anterior, sin perjuicio de la patria potestad que será ejercida conjuntamente por sus progenitores y el derecho a visitas que puede ejercer el señor RDRG de manera libre y previo acuerdo con la madre, sin afectar el descanso, escolaridad, salud del niño y demás términos establecidos en el acta de conciliación celebrada el 26 de junio de 2013, dentro de la Historia Socio Familiar ... ante la Comisaría Primera de Familia de Pasto. Con relación a la obligación alimentaria del infante indicó que será asumida por sus padres, concretándose por ahora el aporte del padre, en los términos contemplados en el mencionado acuerdo conciliatorio.

Igualmente, impuso alimentos a cargo del señor RDRG y a favor de AON, equivalente al 15% de la pensión que recibe como agente retirado de la Policía Nacional, porcentaje que se aplicará a las mesadas adicionales.

Finalmente, dispuso compulsar copias a la Fiscalía General de la Nación, para que asuma el conocimiento del presente asunto por los delitos de violencia intrafamiliar y violencia contra la mujer; inscribir el fallo en los registros de nacimiento y matrimonio de los ex cónyuges y condenó en costas al demandado¹¹.

EL RECURSO DE APELACIÓN. En la misma audiencia, como corresponde, el gestor judicial de la parte demandada formuló, recurso de apelación.

TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA: Admitida la alzada por auto del 29 de octubre de 2015¹², y tras varios aplazamientos, en providencia del 18 de febrero de la anualidad cursante se señaló el 24 para cumplir con la audiencia de alegaciones y fallo de que trata el artículo 434 del C. de P. C.

Llegada la antedicha oportunidad, concurrió el gestor judicial de la parte pasiva, quien en su intervención recabó la revocatoria de la providencia apelada esgrimiendo:

(i) La no demostración de las causales 2ª y 3ª invocadas, en tanto estima no hubo pruebas y sosteniendo que el divorcio, sí debió decretarse pero por la causal de separación de hecho por más de 2 años. Incluso mencionó que su representado tuvo interés en que se decretase por mutuo acuerdo.

Sostiene que en el proceso no existe "*prueba sumaria*" que acreditara la causal 3ª. Entiende la Sala que el apoderado cuando alude a prueba sumaria, se refiere a pruebas documentales contentivas de denuncias o querellas previas ante entidades judiciales o administrativas, poniendo en conocimiento de los hechos constitutivos de la causal mencionada.

(ii) La inconformidad por la carga alimentaria impuesta a su representado a favor de la cónyuge demandante, en tanto, por su edad puede procurarse el mínimo vital y porque además, según dice, a nombre de aquella figurará un inmueble del cual ahora disfruta en anticresis.

(iii) La violación para su representado del derecho de defensa, en tanto, la notificación por medio de la cual se lo integraba a la litis no se hizo ajustada a derecho, al punto que inicialmente estuvo represando por Curador Ad litem, hasta que enterado del proceso compareció otorgando poder a gestor judicial de su confianza.

(iv) Aduce el abogado que contrariamente a lo expuesto en el libelo de demanda y a lo concluido por la a quo, el señor RG fue un cónyuge y un padre cumplidor de sus deberes y ajeno a los hechos constitutivos de las causales de divorcio que se le enrostran.

¹¹ Folios 279 y 280 del cuaderno principal.

¹² Folio 4 del cuaderno del Tribunal

La señora Procuradora, tras citar conceptos jurisprudenciales acerca de las causales de divorcio y los deberes de los cónyuges, avala las conclusiones de la jueza de instancia, poniendo de presente que el demandado RG sí dio lugar al divorcio y que además frente a la particular situación de su cónyuge, ésta se encuentra de dependencia económica, estructurándose con ello los tres elementos del fundamento plausible para que se le imponga la carga alimentaria, en la proporción señalada en el ordinal 6º del fallo opugnado.

II. CONSIDERACIONES

1a. NATURALEZA JURÍDICA DE LA PRETENSIÓN

La auténtica igualdad matrimonial, que eliminó la existencia de matrimonios disolubles vincularmente con el divorcio y los indisolubles por divorcio, se cristalizó con la expedición de la Ley 25 de 1992, respecto de lo cual se ha precisado:

"El matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen para vivir juntos, de procrear y auxiliarse mutuamente. El matrimonio, bien sea civil, ya católico, ha dicho la Corte "... como comunidad entre el hombre y la mujer que se unen para perpetuar su especie, ayudarse mutuamente y soportar las cargas de la vida y compartir su ordinario destino, implica el conocimiento y aceptación de quienes lo contraen, de las obligaciones recíprocas que la institución les impone, deberes que correctamente cumplidos fundamentan la armonía del hogar y evitan la desintegración de la familia. Los deberes de fidelidad, cohabitación, respeto, socorro, auxilio y ayuda se basan en el principio de la reciprocidad, es decir, son obligaciones recíprocas porque al deber de una parte respecto de la otra, corresponde un deber idéntico de la segunda respecto de la primera, planteamiento que permite reconocer que en su operancia tales obligaciones se encuentran en una relación de causa a efecto, es decir, de interdependencia, toda vez que la exigibilidad de una parte depende de la ejecución de los propios deberes"¹³.

2a. EL DIVORCIO Y SUS CAUSALES

El articulado de la Ley 25 de 1992 o ley del divorcio, desarrolla los incisos 9º a 13º del artículo 42 de la Constitución Política de 1991, en el sentido de procurar una reglamentación legal de divorcio compatible con el deber que tienen la sociedad y el Estado de garantizar una protección integral de la familia, de aplicar los principios de igualdad y libertad de las diferentes confesiones religiosas e iglesias ante la ley y de proteger el derecho a la integridad personal y familiar cuando los conflictos hogareños deban dirimirse con la intervención del órgano judicial.

Cada una de las nueve causales que dan lugar a solicitar el divorcio, es autónoma e independiente de las otras, con características especiales, ya que tienen diferentes consideraciones y efectos jurídicos, principalmente en su legitimación activa, su prueba, admisión y consecuencias jurídicas (relativas a la patria potestad, cuidado personal de los hijos, alimentos, residencia, etc.).

Las causales consagradas en el artículo 6º de la ley 25 de 1992, se aplican en los eventos en que se pretenda tanto el divorcio de matrimonio civil¹⁴ como la cesación de los efectos civiles por divorcio de matrimonios celebrados conforme a los cánones o reglas de cualquier confesión religiosa o iglesia legalmente reconocida.¹⁵

Ahora bien, de esas causales la doctrina y la jurisprudencia se han encargado de señalar que algunas de ellas devienen como sanción (causales subjetivas) ante la violación de los deberes de los cónyuges tanto en esa condición como en la condición de padres y/o madres; en tanto que otras denominadas causales remedio,

¹³ CSJ SC, 28 jun. 1985, citada en la sentencia CSJ SC, de nov. de 1986. M.P. José Alejandro Bonivento Fernández. Jurisprudencia y Doctrina LEGIS, Revista Mensual marzo de 1987.

¹⁴ Inciso 1º del Artículo 5º de la Ley 25 de 1992.

¹⁵ Inciso 2º ibídem.

y objetivas, no comportan culpa de uno u otro cónyuge. Es más, algunas solo pueden ser demandadas por quien se considere inocente, en tanto otras pueden ser demandadas por uno u otro independientemente de su culpabilidad o de su inocencia.

3a. DE LA OBLIGACIÓN ALIMENTARIA

La noción del derecho de alimentos lleva consigo la posibilidad de exigir por parte de los titulares de este derecho, las asistencias necesarias para su subsistencia, a los sujetos obligados por la ley a suministrarlos, cuando no cuenten con la capacidad económica para procurárselas por sí mismos.

“Se denomina genéricamente alimentos a una obligación que impone la ley a cierta persona – el alimentante- de contribuir a favor de otro – el alimentario- con los medios necesarios para su subsistencia y, eventualmente para su bienestar. Tanto acreedor como deudor están debidamente determinados, lo que permite conocer con quién se tiene la obligación y a quién le corresponde atenderla, cuando existen varios obligados con una persona dada.”¹⁶

El numeral 4º del artículo 411 del Código Civil, modificado por el artículo 23 de la Ley 1a. de 1976, referente a los titulares del derecho de alimentos, estipula:

“4º) A cargo del cónyuge culpable, al cónyuge divorciado o separado de cuerpo sin su culpa.”

De ello ha indicado la doctrina:

“Es acreedor de alimentos, según el numeral 4º del artículo 411 del Código Civil, en la redacción que le dio el artículo 23 de la ley 1ª de 1976, el cónyuge divorciado o separado de cuerpos sin su culpa. Es de anotar que la ley aquí, como en otros puntos, da al sujeto divorciado el tratamiento de cónyuge, lo que era lógico cuando el divorcio no disolvía el vínculo matrimonial, pero al establecerse el divorcio vincular, quienes están divorciados han dejado de ser cónyuges.

Por otra parte, se exige que quien pretenda reclamar alimentos basado en esta causal sea inocente, entendiendo que no fue condenado como responsable de la ruptura, en el juicio que dio origen al divorcio o a la separación por haber incurrido en comportamientos reprochables.¹⁷ Por analogía y siguiendo el artículo 163 del Código Civil [Art. 12, L. 1ª/76], tenemos que las causales de divorcio (y separación) de que tratan los numerales 1º, 2º, 3º, 4º, 5º y 7º del artículo 154 del Código Civil cuando son declaradas en juicio dan lugar a culpabilidad. En un divorcio o a separación de mutuo acuerdo no hay derecho a reclamar alimentos, porque no hay culpable ni inocente, lo que deja sin protección a aquel cónyuge que llegó a un acuerdo de divorcio simplemente porque ya no podía aguantar los desafueros que cometía su pareja, tanto, que prefirió salir rápido del problema.”¹⁸

Para la existencia de la obligación es necesario la concurrencia de los siguientes requisitos: **“(i) Que el peticionario carezca de bienes y, por consiguiente, requiera los alimentos que demanda; (ii) Que la persona a quien se le piden alimentos tenga los recursos económicos para proporcionarlos y (iii) Que exista un vínculo de parentesco o un supuesto que origine la obligación entre quien tiene la necesidad y quien tiene los recursos”**.¹⁹ Sobre este tema, la jurisprudencia ha dicho: **“El deber de asistencia alimentaria se establece sobre dos requisitos fundamentales: la necesidad del beneficiario y la capacidad del deudor, quien debe ayudar a la subsistencia de sus parientes, sin que ello implique el sacrificio de su propia existencia.”**²⁰

¹⁶ Medina Pabón, Juan Enrique, Derecho Civil – Derecho de Familia, Primera Edición, Editorial Universidad del Rosario, Bogotá D.C., 2008, pág. 547.

¹⁷ Al cónyuge no culpable divorciado se le deben alimentos, pero no tiene derecho a participar en la sucesión de su ex cónyuge por mandato del párrafo del artículo 162 del Código Civil.

¹⁸ Medina Pabón, Juan Enrique, Derecho Civil – Derecho de Familia, Primera Edición, Editorial Universidad del Rosario, Bogotá D.C., 2008, pág. 549.

¹⁹ Corte Constitucional, sentencia T-506 de 2011. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

²⁰ Corte Constitucional, sentencia C-237 de 1997. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

Adicionalmente, es relevante y determinante traer a colación la Sentencia C-985 de 2010²¹, que declaró exequible los términos de caducidad contenidos en el artículo 10 de la Ley 25 de 1992, en el entendido de que se constituyen en una restricción en el tiempo para la posibilidad de presentar sanciones ligadas a la figura del divorcio basado en causales subjetivas y no deben ser entendidos como término de caducidad para la presentación del proceso de divorcio.

Con el fin de brindar claridad, se hace necesario citar textualmente la norma pre mencionada:

"ARTÍCULO 10. El artículo 156 del Código Civil, modificado por el artículo 6o. de la Ley Primera de 1976, quedará así:

El divorcio sólo podrá ser demandado por el cónyuge que no haya dado lugar a los hechos que lo motivan y dentro del término de un año, contado desde cuando tuvo conocimiento de ellos respecto de las causales 1a. y 7a. o desde cuando se sucedieron, respecto a las causales 2a., 3a., 4a. y 5a., en todo caso las causales 1a. y 7a. sólo podrán alegarse dentro de los dos años siguientes a su ocurrencia".

NOTA: El texto subrayado fue declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-985 de 2010. El texto en cursiva fue declarado EXEQUIBLE bajo el entendido que los términos de caducidad que la disposición prevé solamente restringe en el tiempo la posibilidad de solicitar las sanciones ligadas a la figura del divorcio basado en causales subjetivas."

4a. DEL CASO CONCRETO

4.1 Las causales alegadas fueron la 2ª y la 3ª, según el ordinal 4º del escrito de demanda.

Una vez compareció el demandado por vía de Curador Ad Litem, luego de los intentos de notificación personal y por aviso, y previo emplazamiento, el auxiliar de la justicia contestó la demanda y en esencia dijo atenerse a lo probado, y, alegó la excepción innominada.

El recaudo probatorio, a contrario sensu, a lo que dice el demandado, al margen de que con la demanda o en el curso del proceso se hubieran acompañado pruebas documentales, sumarias o controvertidas, contentivas de denuncias o querellas por el actuar del demandado, lo cierto es que, existen otros medios de prueba que en forma oportuna y regular fueron solicitados (fls. 3 y 4 de la demanda), decretados y practicados (fls. 38 a 42) y que evidencian, tal como reseñó la jueza de instancia que hubo de parte del demandado conductas constitutivas de esas causales. Las manifestaciones puestas de presente en ésta segunda instancia por el apoderado del demandado, no desvirtúan ni logran desvanecer lo expuesto por los deponentes LOR, DGAC y LNBM. Concretamente DG y la hija de la pareja ponen de presente y por conocimiento directo hechos que indudablemente conducen a dar por acreditadas las causales, como lo son malos tratos, insultos agresiones físicas, que generaban llanto y zozobra en la demandante (fl 40 vto., 41 y 41 vto), incluidas escenas como la pelea con amenazas con un cuchillo que finalmente terminó clavado en un plato y en presencia del hijo menor de la pareja.

La hija que atestigua da a conocer que su padre, si bien cubría gastos de la casa, no asumía otro de los deberes como el apoyo afectivo y moral de su cónyuge. Al respecto, memórese que para que la casual 2ª se configure, no es necesario que se incumplan todos los deberes, bien como padres o madres o como cónyuges.

Por lo tanto, las causales de divorcio alegadas sí se encuentran probadas, incluso descartando el testimonio de la señora LNBM, quien por sus aseveraciones más parece testigo de oídas, de modo que resulta de vana utilidad, y, las versiones de las partes, pues nadie puede crear en su favor su propia prueba.

En cuanto a que hubo una conciliación ante la Comisaría de Familia, ello puede entenderse en el sentido que hubo desavenencias entre los cónyuges, y que intentaron llegar a acuerdos, al punto que lo lograron en materia de alimentos, tenencia y cuidado personal y visitas para el hijo menor, pero no por ello, se cerró la posibilidad a la ahora demandante para acudir ante la rama judicial especialidad de familia a demandar el divorcio.

²¹ M.P. Jorge Ignacio PreteltChaljub.

Tampoco oficiosamente la jueza de la causa podía decretar el divorcio por una causal no alegada o por mutuo acuerdo. En cuanto a lo primero, si la demandante no la alegó, bien pudo alegarla el demandado por la vía de la reconvencción. Y en cuanto a lo segundo, de haber existido consenso entre las partes, a la luz del artículo 28 de la Ley 446 de 1998, antes del fallo de primera instancia y una vez que el demandado compareció al proceso pudo a través suyo o de su representante judicial proponerlo a la contraparte y al despacho.

De una vez, anótese que frente a lo acabado de decir, ósea que, el demandado pudo alegar la causal 8ª o cualquiera otra por vía de la reconvencción, se redargüirá que por haber sido notificado a través de Curador, no lo pudo hacer, pero adviértase que, una vez compareció al proceso, como en efecto lo hizo, formuló el correspondiente incidente de nulidad por indebida notificación, el cual se tramitó y la misma no se encontró probada.

Entonces, nada puede adicionarse respecto de pretensiones que oportunamente no fueron formuladas y de paso como se adveró en el párrafo anterior, ya el tema de la nulidad, que ahora en la sustentación de la alzada se vuelve a poner de presente, es un tema que no puede abordarse en ésta instancia, pues, el mismo, ya fue juzgado.

Entonces, la obligación alimentaria que fue solicitada en la presentación de la demanda por parte de la pretensora, se observa que su embate se sustenta en la necesidad de su concesión amén del éxito de las peticiones de la demanda.

Sea lo primero advertir que esa pretensión consecuencial, no es automática por la victoria de la principal, habida cuenta de los presupuestos normativos que la integran. En efecto, esos elementos ponen en evidencia que no basta la culpabilidad del demandado y la eventual capacidad de éste para suministrar alimentos, sino que a estos dos se debe integrar un tercero que es la necesidad de quien reclama el pago alimentario.

Presupuestos éstos que pasan a hacer estudiados por la Sala para verificar su estructuración en el sub lite.

Existencia de un cónyuge culpable del divorcio

Al examinar el acervo probatorio militante en el plenario, se tiene que AON en su interrogatorio de parte hizo conocer que la separación la originó su esposo, toda vez que constantemente la agredía física y verbalmente (fls. 38 y 39, C-1).

En el acta de conciliación llevada a cabo el 26 de julio de 2013, en la Comisaría Primera de Familia de ésta ciudad, se avizora que los esposos RO acordaron, entre otros puntos, que a partir del 05 de agosto de esa misma anualidad, residirían en viviendas separadas (fl. 12, C-1).

Asimismo, obra en el presente asunto copia de la historia socio familiar No. ..., donde se establece que existe desmotivación en los señores AON y RDRG para continuar con su relación de pareja, *"hay resentimiento entre las partes por todo los problemas que han tenido como pareja"* (fl. 46 C-1).

En las declaraciones que rindieron DGAC, sin parentesco con las partes y LC y ÁPRO, hijas de los consortes enfrenados, enfatizaron que el señor RG era violento, bravo e impulsivo con su esposa A, físicamente la empujaba, le pegaba y hasta trató de ahorcarla, y verbalmente, le decía que no servía para nada, que era inútil, siempre estaban en discusiones, igualmente dieron a conocer que la violencia también se extendió a sus descendientes (fls. 41, 42, 49 y 50, C-1).

Capacidad económica del cónyuge culpable

Obra a folio 67 del Cuaderno del Juzgado la constancia expedida por el Centro Integral de Trámites y Servicios de la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, la cual revela que el señor RDRG devenga una asignación mensual de retiro por cuenta de esa entidad por un valor de \$1.691.554.00.

Necesidad de la alimentaria

Acudiendo nuevamente al recaudo probatorio que exhibe el plenario se observa que en el interrogatorio de parte de la señora ON, al ser cuestionada sobre los ingresos para su sostenimiento contestó: "Yo hago aseos, mandados como cambio de cheques y depósitos. Por el aseo me gano \$20.000 el día. En promedio me gano \$150.000 mensuales. Por lo otro, unos \$100.000 mensuales porque no me sale todos los días; y respecto de bienes de su propiedad indicó: *"No, no tengo nada. Vivo en la casa de una tía LMO en anticréditos (sic); llevamos muchos años allá. Está por doce millones. Los doce millones los aportó mi esposo RD"*.

Por su parte, el testigo AC sobre el tema expuso: *"en este momento como que está pasando difícil situación porque doña A está sin trabajo"*. Y la hija en común, LC dijo: *"Ella realmente no cuenta con un trabajo y pues económicamente nosotros dependemos de ella. Mi hermano y yo. Lo que hace es cambios de cheque y lo que uno le llama mandados por lo que le pagan, pero no es una entrada fija de dinero"*.

Estando las cosas tal y como se las ha venido planteando, y analizada la prueba conforme lo disponen los artículos 177 y 187 del Código de Procedimiento Civil y como lo quiere el 1757 del Código Civil, en sentir de la Sala se ha demostrado indubitablemente que el demandado RDRG ha sido culpable en forma exclusiva del divorcio, pues tal como lo señaló la juez de primer grado y como se lo ha evidenciado con los medios de convencimiento reseñados en líneas precedentes, resulta palmario que la demandante recibió maltratos físicos y psicológicos propinados por su esposo, quien además se sustrajo de las obligaciones que la ley le impone de guardarse fe, socorrerse y ayudarse mutuamente, en todas las circunstancias de la vida, aseveración a la que arriba ésta Corporación de lo narrado por la actora y las hijas habidas en el matrimonio, quienes de manera directa y diaria soportaron las conductas censurables de pugna, ofensa y violencia del señor RG.

Cabe mencionar que el Estado Colombiano no solo propugna por la protección de la familia como núcleo esencial, sino también busca amparar a aquellos que detentan la calidad de sujetos de protección especial, entre los que se hallan inmersos las mujeres, por lo que el gobierno les ha brindado una serie de prerrogativas otorgadas a través de tratados internacionales, en los cuales Colombia es Estado parte y por ende hacen parte del bloque de constitucionalidad mencionado en el artículo 93 constitucional.

Entre los tratados ratificados por Colombia encontramos la Declaración Sobre la Eliminación de Violencia Contra la Mujer, en el que en su artículo 1º entiende el concepto de violencia contra la mujer como los actos que pueden tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico de la mujer, así como la amenaza de dichos actos. El artículo reza de la siguiente manera:

"A los efectos de la presente Declaración, por "violencia contra la mujer" se entiende todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la vida privada."

Igualmente La Convención Interamericana Para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer "Convención de Belem Do Para" en su artículo 2º expresa:

"Se entenderá que violencia contra la mujer incluye la violencia física, sexual y psicológica:

a. que tenga lugar dentro de la familia o unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal, ya sea que el agresor comparta o haya compartido el mismo domicilio que la mujer, y que comprende, entre otros, violación, maltrato y abuso sexual;(...)"

La ley 1257 de 2008 trae consigo entre otras cosas, las definiciones de daño, así en el artículo 3º manifiesta:

*"Artículo 3º. **Concepto de daño contra la mujer.** Para interpretar esta ley, se establecen las siguientes definiciones de daño:*

a. Daño psicológico: Consecuencia proveniente de la acción u omisión destinada a degradar o controlar

las acciones, comportamientos, creencias y decisiones de otras personas, por medio de intimidación, manipulación, amenaza, directa o indirecta, humillación, aislamiento o cualquier otra conducta que implique un perjuicio en la salud psicológica, la autodeterminación o el desarrollo personal.

b. Daño o sufrimiento físico: Riesgo o disminución de la integridad corporal de una persona.

c. Daño o sufrimiento sexual: Consecuencias que provienen de la acción consistente en obligar a una persona a mantener contacto sexualizado, físico o verbal, o a participar en otras interacciones sexuales mediante el uso de fuerza, intimidación, coerción, chantaje, soborno, manipulación, amenaza o cualquier otro mecanismo que anule o limite la voluntad personal.

Igualmente, se considerará daño o sufrimiento sexual el hecho de que la persona agresora obligue a la agredida a realizar alguno de estos actos con terceras personas.

d. Daño patrimonial: Pérdida, transformación, sustracción, destrucción, retención o distracción de objetos, instrumentos de trabajo, documentos personales, bienes, valores, derechos o económicos destinados a satisfacer las necesidades de la mujer."

En la misma medida el artículo 6º de la misma ley determina una serie de principios, entre los cuales se encuentran el Principio de Corresponsabilidad, por medio del cual tanto el Estado como la familia son responsables de respetar los derechos de las mujeres y de contribuir a la eliminación de la violencia contra ellas. Además, señala en el artículo 14 como deberes de la familia el de "[a]bstenerse de realizar todo acto o conducta que implique maltrato físico, sexual, psicológico o patrimonial contra las mujeres."

También se ha expedido la Ley 294 de 1996 modificada por la ley 575 de 2000 que desarrolla el artículo 42 constitucional y busca brindar mecanismos de protección efectivos para la salvaguarda de los derechos de la mujer, de tal forma que en el artículo 5º de la mencionada ley se establecen diversos mecanismos de protección a las cuales el juez de conocimiento puede acudir, cuando un miembro de la familia ha sido víctima de violencia o maltrato, entre las que se encuentran ordenar el desalojo del agresor de la casa de habitación que comparte con la víctima. El aludido artículo manifiesta:

"ARTÍCULO 5o. <Artículo modificado por el artículo 2o. de la Ley 575 de 2000. El nuevo texto es el siguiente:> Si el Comisario de Familia o el Juez de conocimiento determina que el solicitante o un miembro de un grupo familiar ha sido víctima de violencia o maltrato, emitirá mediante providencia motivada una medida definitiva de protección, en la cual ordenará al agresor abstenerse de realizar la conducta objeto de la queja, o cualquier otra similar contra la persona ofendida u otro miembro del grupo familiar. El funcionario podrá imponer, además, según el caso, las siguientes medidas:

a) Ordenar al agresor el desalojo de la casa de habitación que comparte con la víctima, siempre que se hubiere probado que su presencia constituye una amenaza para la vida, la integridad física o la salud de cualquiera de los miembros de la familia;

b) Ordenar al agresor abstenerse de penetrar en cualquier lugar donde se encuentre la víctima, cuando a discreción del funcionario dicha limitación resulte necesaria para prevenir que aquél moleste, intimide, amenace o de cualquier otra forma interfiera con la víctima o con los menores, cuya custodia provisional le haya sido adjudicada;

c) Prohibir al agresor esconder o trasladar de la residencia a los niños y personas discapacitadas en situación de indefensión miembros del grupo familiar, sin perjuicio de las acciones penales a que hubiere lugar;

d) Obligación de acudir a un tratamiento reeducativo y terapéutico en una institución pública o privada que ofrezca tales servicios, a costa del agresor cuando éste ya tuviera antecedentes en materia de violencia intrafamiliar;

e) Si fuere necesario, se ordenará al agresor el pago de los gastos médicos, psicológicos y psíquicos que requiera la víctima;

f) Cuando la violencia o maltrato revista gravedad y se tema su repetición el Comisario ordenará una protección temporal especial de la víctima por parte de las autoridades de policía, tanto en su domicilio como en su lugar de trabajo, si lo tuviere;

g) Cualquier otra medida necesaria para el cumplimiento de los propósitos de la presente ley.

Entonces, amén de estar demostrado incontestablemente en relación del cónyuge demandado su culpabilidad, también lo está su capacidad económica, ya que goza de una pensión que le ha sido reconocida por la Caja de Sueldos de la Policía Nacional, así como la necesidad de alimentos que requiere la actora, quien por el momento no puede procurarse por sí misma su subsistencia, son éstas razones suficientes a juicio de éste Tribunal, para que no se abra paso revocar el ordenamiento que la a quo emitiera en ese sentido, puesto que la parte recurrente no ha demostrado que la señora ON esté laborando, o que puede sostenerse por sus propios medios, o que haya iniciado vida marital con otra persona, circunstancias que darían lugar a exonerar al demandado del pago de dicha cuota, empero, como ello no ha ocurrido, deviene entonces confirmar tal decisión.

Tampoco puede abrirse paso el argumento expuesto en la apelación relativo a que la cónyuge va a quedar como propietaria del inmueble que actualmente ocupa en anticresis, porque al menos, a la fecha de ésta decisión no refulge una demostración incontestable que ello efectivamente así sea.

No obstante, y a modo de colofón cabe recordar que respecto a la duración de la obligación alimentaria, el artículo 422 del Código Civil prescribe:

"Los alimentos que se deben por ley, se entienden concedidos para toda la vida del alimentario, continuando las circunstancias que legitimaron la demanda."

De la norma transcrita se desprende que la obligación alimentaria, por regla general se mantiene por toda la vida del alimentado mientras se conserven las condiciones que dieron origen a ella, es decir en tanto subsista la necesidad del alimentario y la capacidad del alimentante. En caso de divorcio o separación, se requiere además que, el cónyuge inocente no inicie vida marital con otra persona, pues en este caso se extinguirá el derecho; siendo ello así, de sobrevenir alguno de estos eventos, el apelante podrá acudir a la exoneración de dicha carga, pues tal determinación, se itera la imposición de alimentos, no constituye cosa juzgada, al tenor del artículo 333 de la codificación procedimental de la materia²².

Finalmente, si bien la decisión recurrida se confirmará, incluso con el aval expuesto en esta audiencia por la Procuraduría Judicial para Asuntos de la Infancia y la Adolescencia, no se condenará en costas en esta instancia porque no se han causado, en la medida en que no hubo réplica de la alzada por la demandante (reglas 1ª y 8ª del artículo 392 del Código de Procedimiento Civil).

III. DECISIÓN

En razón y mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PASTO, SALA CIVIL FAMILIA**, "Administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley"

²² Art. 333.- Sentencias que no constituyen cosa juzgada. No constituyen cosa juzgada las siguientes sentencias: 1. Las que se dicten en procesos de jurisdicción voluntaria. 2. Las que decidan situaciones susceptibles de modificación mediante proceso posterior, por autorización expresa de la ley. 3. Las que declaren probada una excepción de carácter temporal, que no impida iniciar otro proceso al desaparecer la causa que dio lugar a su reconocimiento. 4. Las que contengan decisión inhibitoria sobre el mérito del litigio.

RESUELVE

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia proferida en audiencia el 19 de octubre de 2015 por el Juzgado Primero de Familia del Circuito de Pasto, dentro del presente Proceso Verbal de Divorcio instaurado por **AON** contra **RDRG**.

SEGUNDO.- SIN LUGAR a condenar en costas de segunda instancia, por las razones expuestas.

Así se declara surtida la presente audiencia y la presente sentencia se notifica **EN ESTRADOS**, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 325 del C. de P. C. y por tanto así se dispone. Se deja constancia que la parte presente no hace intervención alguna frente a esta notificación y por lo tanto se declara en firme.

Oportunamente DEVUÉLVASE el proceso al juzgado de origen y se firma por quienes intervinieron en el acto.

FRANKLIN TORRES CABRERA

Magistrado

FABIO RAÚL LÓPEZ CHAVES

(Aún la H. Corte no ha designado su reemplazo)

AIDA MÓNICA ROSERO GARCÍA

Magistrada

RDRG

Demandado

JAMES ARTURO ZAMBRANO MORALES

Apoderado Judicial Parte Demandada

MARÍA CAROLINA PÉREZ GUERERO

Secretaria Ad Hoc

RESPONSABILIDAD CIVIL - PRINCIPIO DE CONGRUENCIA: La determinación por parte del juzgador, del tipo de responsabilidad civil de que se trata, una vez verificados los hechos y efectuado el correcto ejercicio hermenéutico, no vulnera la congruencia. / **RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL – PRESUPUESTOS:** Al no probarse la existencia de un contrato válido, esta no se configura. / **RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL – REQUISITOS:** Procedencia. / **PERJUICIOS – No es suficiente hacer la afirmación de haber sufrido un daño, éste debe demostrarse** – No obstante el funcionario judicial, conforme las facultades legales, interpretó que la acción impetrada correspondía a la responsabilidad civil contractual al tenor de los supuestos fácticos expuestos, se determina que tal conclusión no tiene asidero legal, en la medida en que no se acreditó la existencia de un contrato válido entre la entidad bancaria demandada y la persona que a través de ésta recibía las sumas giradas provenientes de una ayuda humanitaria de un programa del Gobierno Nacional y si bien la actora recibió por conducto de la entidad financiera un dinero, tal circunstancia no la convierte en su cliente. Por tanto al no mediar un contrato, la responsabilidad que se debe estudiar es la extracontractual; verificándose en el caso particular, que sí se satisfacen sus presupuestos axiológicos, en tanto el responsable en la comisión de los daños que se reclaman es el banco demandado, el cual asumió un comportamiento negligente, al inobservar las medidas de seguridad que se requieren al momento de realizarse las transacciones, permitiendo que un suplantador despojara de la suma de dinero a la verdadera beneficiaria, existiendo plena causalidad entre daño y culpa y sin que la parte demandada haya demostrado alguna causal de exoneración de responsabilidad; siendo procedente declarar la responsabilidad civil extracontractual y la condena al pago de perjuicios materiales probados, no así los morales, al no haberse acreditado./

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL SALA CIVIL FAMILIA

Magistrado Ponente: Dr. Franklin Torres Cabrera

Acta No. 696

Pasto, catorce (14) de diciembre de dos mil dieciséis (2016).

I. EL ASUNTO

Procede la Sala a decidir el **RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto por la parte demandante frente a la sentencia dictada el día diez (10) de marzo de dos mil dieciséis (2016), por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Tumaco, al interior del proceso ordinario instaurado por **LUZ MARGARITA SÁNCHEZ PALERMO**, quien actúa en su propio nombre y como representante legal de su hijo **ASP** en contra del **BANCO AGRARIO DE COLOMBIA S.A.**

II. ANTECEDENTES

DE LA DEMANDA¹. La parte actora pretende que se declare al Banco Agrario de Colombia S.A. responsable de los daños a ella causados, y consecuentemente, lo condene al pago de las siguientes sumas de dinero:

- 100 s.m.l.m.v o el valor más alto reconocido por la Jurisprudencia para **LUZ MARGARITA SÁNCHEZ PALERMO** y **ASP**, por concepto de PERJUICIOS MORALES.

¹ Fls. 1 a 4, C-1

- \$915.000, por concepto de LUCRO CESANTE y los intereses de ésta suma desde la fecha del pago irregular hasta la cancelación de la misma, por concepto de DAÑO EMERGENTE, para **LUZ MARGARITA SÁNCHEZ PALERMO**.

Para sustentar su reclamación enunció los fundamentos fácticos que a continuación se sintetizan:

- 1.- La señora **LUZ MARGARITA SÁNCHEZ PALERMO** y su núcleo familiar fueron reconocidos como desplazados, por lo que el Gobierno Nacional procedió a otórgales las correspondientes ayudas humanitarias, una de las cuales la recibió en el Banco Agrario de Colombia por valor de \$663.000.
- 2.- La segunda ayuda no la logró obtener, toda vez que el Banco entregó los \$915.000 a persona distinta a la beneficiaria.
- 3.- Ante la falta de pago la actora no pudo adquirir un lote para construir su vivienda.

DE LO ACTUADO EN PRIMERA INSTANCIA.

1. Como el libelo de postulación se instauró como acción de reparación directa, su reparto le correspondió al Juzgado Tercero Contencioso Administrativo del Circuito de Pasto², agencia judicial que luego de admitirlo a trámite, con interlocutorio del 30 de octubre de 2013³ declaró la nulidad de lo actuado por falta de jurisdicción, ya que no es de su competencia el conocimiento de asuntos en los que *"se discutan controversias relativas a la responsabilidad extracontractual, provenientes de instituciones financieras vigiladas por la Superintendencia"*.

Efectuado nuevo reparto se le asignó al Juzgado Segundo Civil Municipal de Tumaco, quien dispuso sea enviado el expediente a un Juzgado Civil del Circuito en virtud de la cuantía de la demanda⁴.

Con providencia del 28 de abril de 2014⁵ el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Tumaco admitió el escrito incoativo como responsabilidad civil extracontractual, ordenando su notificación y traslado al extremo pasivo.

2. **EI BANCO AGRARIO DE COLOMBIA S.A.**, por conducto de apoderada judicial designada por su Representante Legal para Asuntos Judiciales⁶, se notificó personalmente⁷, y dentro del término legal procedió a dar contestación en los siguientes términos⁸:

- Informó que el Banco pagó irregularmente a otra persona el giro de la señora Luz Margarita Sánchez Palermo, según se desprende de las investigaciones adelantadas por la Oficina de Seguridad Bancaria y el estudio grafológico que realizó, esto es, fue defraudado en la modalidad de suplantación, pese a que los funcionarios encargados solicitaron la cédula y tomaron la impresión de la huella en el comprobante de transacción.
- Indicó que el Comité de Reintegros de la Regional mediante acta No. 0006 del 08 de agosto de 2013 autorizó reintegrar a la usuaria *"el pago de un giro de Acción Social – Desplazado, por valor de \$915.000"*, para lo cual se constituyó el respectivo cheque de gerencia a su nombre, pero que la demandante se niega a recibir.
- Aduce que no se encuentra demostrado el daño material y moral que se reclama.

² Fl. 17, C-1

³ Fls. 31 a 35, C-1

⁴ Fls. 40 y 41, C-1

⁵ Fls. 46, C-1

⁶ Fl. 52, C-1

⁷ Fl. 55, C-1

⁸ Fls. 56 a 71, C-1

Adicionalmente formuló las excepciones de: “INADECUADO TRAMITE PROCESAL”, “FALTA DE ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL”, “DILIGENCIA DEBIDA”, “FALTA DE PRUEBAS”, “EFICACIA Y PERTINENCIA DE LA PRUEBA” y la “INNOMINADA”.

4. De las excepciones propuestas se corrió traslado a la contraparte⁹, quien emitió sus consideraciones con memorial del 15 de julio de 2014¹⁰.

5. A continuación se citó a la audiencia del artículo 101 del Código de Procedimiento Civil¹¹, la cual se surtió con la comparecencia de las partes y sus apoderados judiciales. La parte demandada anunció que el valor de \$915.000 están disponibles en un cheque de gerencia para que la señora Sánchez Palermo lo retire y lo cobre, propuesta que no fue aceptada, y con ello se declaró fracasada la conciliación, y se evacuó las demás etapas previstas para esa diligencia¹².

6. El 27 de agosto de 2014¹³, se abrió a pruebas el asunto y el 10 de febrero de 2015¹⁴, se corrió traslado para alegar de conclusión, etapa procesal que fue aprovechada por ambas partes¹⁵.

9. **DE LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**¹⁶. El a quo profirió sentencia el día 10 de marzo de 2016¹⁷, en la que tomó las siguientes determinaciones: **(i)** Negó la pretensión invocada en la demanda, **(ii)** Condenó en costas a la parte actora y **(iii)** Ordenó al demandado ponga a disposición de la señora LUZ MARGARITA SÁNCHEZ PALERMO el pago del giro de Acción Social – Desplazado en el monto que le correspondía.

Para arribar a tal determinación el primer problema jurídico que se planteó el despacho fue establecer la responsabilidad que se iba a tratar y bajo el entendido de que la responsabilidad endilgada nace de la preexistencia de un contrato civil de adhesión la fijó en la contractual.

Manifestó que tratándose de un contrato de adhesión donde la parte que se adhiere no está facultada para modificar ninguna regla del contrato, las consecuencias del incumplimiento son las establecidas en la ley, la cual según el artículo 63 del Código Civil en el deudor es la culpa lata, esto es, será responsable de todos los perjuicios que fueron consecuencia inmediata y directa por no haberse cumplido la obligación o de haberse demorado su cumplimiento.

Indicó que pese a que el Banco Agrario está cobijado por la culpa grave o lata, tal conclusión no lo obliga al pago de daños si éstos no están comprobados, como sucede en el sub examine, donde la parte demandante únicamente se limitó a señalar que con el pago a recibir pretendía comprar un lote, aseveración que si bien fue coadyuvada por los testigos, sólo deja entrever una simple expectativa, sumado a que no se está hablando de la pérdida de un ser querido sino la mora por recibir un dinero, de una ayuda proveniente del Gobierno.

Para concluir dijo que al no estructurarse uno de los tres elementos que componen la acción, no es viable su prosperidad.

8. **DEL RECURSO DE APELACIÓN**. Actuando dentro de término la parte demandante formuló apelación en contra de la decisión en comento¹⁸, recurso que fue concedido en el efecto suspensivo¹⁹.

⁹ Fl. 105, C-1

¹⁰ Fls. 106 y 107, C-1

¹¹ F. 108, C-1

¹² Fls. 110 y 111, C-1

¹³ Fl. 112, C-1

¹⁴ Fl. 117, C-1

¹⁵ Fls. 118 a 132, C-1.

¹⁶ Fls. 140 a 148, C-1

¹⁷ Fls. 140 a 148, C-1.

¹⁸ Fls. 150 a 157, C-1.

¹⁹ Fl. 158, C-1.

La parte **DEMANDANTE** lo sustentó así:

- Sostiene que contrario a lo argumentado por el fallador de *a quo*, sí están acreditados los elementos de la responsabilidad civil contractual.

El hecho es la falta de pago de la ayuda humanitaria, el daño lo constituye el no ingreso en el patrimonio de la suma a entregar y el nexo de causalidad es el fraude del que fue objeto el banco y su no pago a la beneficiaria.

- Indicó que los perjuicios morales se concretan en la expectativa de adquirir con el dinero de la ayuda entregada por el Gobierno Nacional un lote, tal y como lo dieron a conocer los testigos.

DE LO ACTUADO EN SEGUNDA INSTANCIA

Admitida la alzada²⁰, se corrió traslado para las respectivas alegaciones²¹, oportunidad en la que el Banco Agrario replicó el recurso vertical enfilado²².

Luego, para contar con mayores elementos de juicio, se decretó oficiosamente una prueba, sin embargo no fue posible su recaudo, pues el Banco Agrario, pese a que manifestó que emitiría la información solicitada²³ no lo hizo.

Reseñados los aspectos relevantes de la *litis*, se procede a resolver lo que en derecho corresponda, previas las siguientes,

III. CONSIDERACIONES

3.1. DE LA SANIDAD PROCESAL. No se advierte que en la tramitación del proceso se haya incurrido en una causal de nulidad insaneable, o una de aquellas que deban ser puestas en conocimiento de las partes.

3.2. DE LOS PRESUPUESTOS PROCESALES. Concurren a plenitud en el presente caso, veamos: tenía el a quo competencia para avocar conocimiento en primera instancia, en virtud de la naturaleza y cuantía del asunto, así como por el domicilio del banco demandado; mientras que ésta Corporación tiene competencia funcional para desatar el recurso de alzada interpuesto.

De otro lado, la demandante LUZ MARGARITA SÁNCHEZ PALERMO es una persona natural, mayor de edad, sobre quien no pesa decreto de interdicción o al menos ello no se controvierte, por lo que tiene capacidad para ser parte y comparecer al proceso, así como para representar a su hijo ASP²⁴. A su vez, el demandado al ser una persona jurídica acude al proceso a través de su representante legal.

Continuando con el análisis de los presupuestos procesales, encontramos que las partes fueron asistidas por profesionales del Derecho de su escogencia y que la demanda presentada se allanó a cumplir con las mínimas exigencias que permiten decidir de fondo el asunto.

3.3. DE LA LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA.

La legitimación en la causa, como muy bien se sabe, no es un presupuesto procesal sino cuestión atinente a la titularidad del derecho de acción o contradicción, y su ausencia determina fallo absolutorio.

²⁰ Fl. 6, C-3

²¹ Fl. 8, C-3

²² Fls. 11 a 13, C-3

²³ Fls. 27 y 29, C-3

²⁴ Fl. 8, C-1

Debe existir identidad entre la persona del demandante con la persona que de conformidad con la ley tiene la titularidad del derecho reclamado y entre la persona del demandado con la persona que está obligada en forma correlativa a satisfacer tal derecho sustancial, por lo que cada interviniente debe demostrar su interés con el objeto de que sus pretensiones sean consideradas al momento de dictar sentencia de fondo.

De conformidad con el artículo 1494 del Código Civil, quien ha inferido injuria o daño a otra persona está obligado a resarcirlo en la forma como la misma codificación lo prevé; concretamente el artículo 2341 establece que: *"El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley le imponga por la culpa o el delito cometido"*. La situación en el presente caso, no presenta mayores dificultades como quiera que la acción indemnizatoria es intentada por quien hubiere sufrido un perjuicio respecto de quien se considera responsable del mismo.

3.4. DEL PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico que suscita el recurso de apelación interpuesto gira en torno a los siguientes cuestionamientos:

- ¿Están acreditados los presupuestos axiológicos de la responsabilidad civil contractual en el sub examine?.

En caso afirmativo, cuáles son los perjuicios que deben repararse?.

En caso negativo, cuál es la acción intentada con el líbello de postulación?, Están acreditados sus presupuestos axiológicos?, Respecto de cuáles perjuicios es viable la indemnización y por qué montos?

3.5 DEL CASO CONCRETO

3.5.1. Desde ya advierte la Sala, que el primer interrogante se despeja negativamente. Veámoslo:

El Juez de primera instancia interpretó que la acción intentada correspondía a la responsabilidad civil contractual, dado los supuestos fácticos que rodeaban el asunto. No obstante, tal conclusión no tiene asidero legal, en la medida en que entre los presupuestos axiológicos que reclama dicha pretensión se encuentra la existencia de un contrato válido, el cual en el plenario no se probó.

Para el a quo mediaba entre el Banco Agrario y la señora Palermo Sánchez un contrato de adhesión *"en el que participa el beneficiario y demandante como parte que se adhiere a las condiciones que el banco agrario a (sic) establecido"*. Empero, es menester precisar que, si bien entre las clasificaciones de los contratos se acepta que hay contratos de adhesión y contratos de libre discusión, bajo la consideración que en el primer caso las condiciones las traza o las impone uno de los contratantes, en tanto que, el otro, se tiene que plegar a ellas, sin posibilidades de alterarlas o modificarlas, a contrario sensu de lo que ocurre en los de libre discusión, donde, sí es viable que los contratantes conjuntamente establezcan esas condiciones, lo cierto es, que en todo caso, para la operancia de esas dos clasificaciones, debe existir un contrato base, típico, atípico, nominado o innominado; por ejemplo, una compraventa que es un contrato nominado y típico que se celebra en un almacén de cadena, así sea de mínima cuantía, es de adhesión; en cambio ese mismo contrato si se celebra en una plaza de mercado, sigue siendo compraventa pero la costumbre hace que se estime de libre discusión.

Con esa claridad, salta a la vista que primero debió probarse alguna de las modalidades de contratos sustancialmente conocidos, de los que se realizan entre los usuarios del sistema financiero y las entidades financieras o los bancos; por ejemplo, de cuenta corriente, cuenta de ahorros, crédito, y, probado ese contrato concluir, que como en esos eventos son aquellas o aquellos los que imponen las condiciones, llegar al entendimiento que operaba la adhesión, como particularidad.

El juez de primera instancia se explayó en predicar las características de los contratos de adhesión, pero, primigeniamente debió tener la prueba del contrato génesis de esa adhesión. Lo cierto es que, tal contrato génesis no aparece entre la entidad bancaria demandada y la persona que a través de la entidad recibía las sumas giradas, la primera suma recibida a satisfacción, en tanto que la segunda, entregada a una suplantadora o suplantador.

En otras palabras, si bien es cierto, la actora recibió por conducto de la entidad financiera demandada un dinero, tal circunstancia no la convierte en su cliente, pues ese dinero, como se sabe proviene de una ayuda humanitaria de un programa del Gobierno Nacional.

Presupuesto fáctico distinto, y así lo entendió la Sala, al punto que hizo la pesquisa, mediante prueba de oficio de la eventual relación contractual, que para la entrega de los valores a los beneficiarios, se hubiese preestablecido entre el Banco y Acción Social, y cuya mira era o es que unos fondos se coloquen en un lugar distinto y a favor de un tercero, en los términos pactados.

Para el doctrinante Sergio Rodríguez Azuero tal encargo puede traducirse en un contrato de mandato mercantil: *"En estos, y en general en todos los ejemplos, en que al banco se le encomiende la realización de un negocio jurídico por parte de su cliente, bien que implique intermediación en los pagos, ya en los cobros, ora que no se refiera a ninguno de los dos, tendremos que el mismo podrá ser explicado, en principio, a la luz de las disposiciones generales del contrato de mandato mercantil"*.

En ese orden, falla la primera exigencia que demanda la responsabilidad contractual, y por ende era impróspero su estudio.

3.5.2 Ahora bien, si en la responsabilidad no media un contrato, la misma deriva en una extracontractual, tal y como debió ser analizada la presente lid, más aún cuando así fue admitida²⁵.

Se anota por la Sala que conforme a la actual tendencia plasmada en precedentes jurisprudenciales la diferencia entre la responsabilidad civil contractual y extracontractual, cuando la demanda no es ciertamente una pieza de suma precisión jurídica, y da lugar a su interpretación, esa diferencia no es óbice para que el juzgador le dé el recto entendimiento al tenor de los supuestos fácticos expuestos y haga viable la materialización del derecho o perjuicios irrogados con el daño, sin que se incurra en incongruencia. Para citar un ejemplo de lo explicitado podemos referir el siguiente extracto²⁶:

"En este evento el ad quem, en claro ejercicio de hermenéutica entendió que la exigencia de la indemnización se apuntalaba no en la celebración del contrato bancario de apertura del certificado de depósito a término sino en la forma irregular como el contradictor atendió el mandato de la medida de embargo y el subsecuente descargo del mismo. Fuera de lo anterior, no puede pasarse por alto que expresamente en ninguno de los apartes del texto integral del libelo con el que se introdujo la demanda se aludió a la clase de responsabilidad deprecada; circunstancia que no sólo facultaba a éste sino que también lo obligaba a desentrañar la verdadera reclamación y decidirla en consecuencia.

Si bien es cierto que en el texto del libelo introductor existen elementos que permitirían entender como propuesta la responsabilidad contractual, no lo es menos que también obran en el mismo otros que apuntan a establecer que se trata de una responsabilidad extracontractual, circunstancias de ambivalencia que autorizan al sentenciador para acoger ya la primera ora la segunda, sin que el elegir una de ellas sea constitutivo de un error palmario, manifiesto y evidente de la hermenéutica judicial.

Igualmente, es razonable que no obstante hacerse mención expresa en la demanda de normas relativas a la responsabilidad contractual, el sentenciador decida la controversia, como en este caso ocurrió, bajo el amparo de la extracontractual, mucho más si se tiene en cuenta que el juez no está obligado a acatar sin discusión "los fundamentos de derecho que se invoquen" en cumplimiento del numeral 7° del artículo 76 Código de Procedimiento Civil, atinente a los requisitos formales de este escrito, toda vez que, tal como se condensa en la expresión "dame los hechos que yo te daré el derecho", es a él a quien compete aplicar el ordenamiento jurídico pertinente aun cuando las partes hayan aducido otras diferentes".

²⁵ Fl. 46, C1.

²⁶ CSJ, SCC, MP RUTH MARINA DÍAZ RUEDA, Bogotá, D. C., tres (3) febrero de dos mil nueve (2009), Ref: Exp. N° 11001310302003-00282-01

Para el caso que concita la atención, las pretensiones se enfilaron como de reparación directa y ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, y como fundamentos de derecho se invocaron los de la culpa aquiliana. Expresamente no se dijo en el acápite de declaraciones y condenas que hubiese una responsabilidad extracontractual, pero por la acción que se intentó ante el Contencioso así se entiende y así lo entendió el Juez Civil a quo al admitir la demanda. Interpretación que luego mutó al sentenciar. En todo caso, siguiendo la ruta jurisprudencial de interpretación, para ésta Sala la responsabilidad es la extracontractual.

Así las cosas, diremos que la responsabilidad civil, en su modalidad extracontractual, encuentra regulación en el Título XXXIV del Estatuto Sustantivo Civil y, teniendo en cuenta las disposiciones en él contenidas así como la respetada opinión del Doctor Javier Tamayo Jaramillo²⁷, apreciamos que, según el origen del daño, se la puede clasificar como: **(i)** Responsabilidad por el hecho propio (art. 2341 C. C.); **(ii)** Responsabilidad por el hecho ajeno (arts. 2347, 2348 y 2349 C. C.); **(iii)** Responsabilidad por el hecho de las cosas, animadas o inanimadas (arts. 669, 2350, 2351, 2355, 2353 y 2354 del C. C. y art. 1827 en concordancia con 1830 y 1831 del C. de Co.); **(iv)** Responsabilidad por actividades peligrosas (art. 2356 C. C.); e **(v)** Incumplimiento de obligaciones legales o cuasicontractuales.

Para efectos de la configuración de esta clase de responsabilidad es menester probar los tres clásicos elementos:

- daño padecido,
- culpa del autor del daño y
- relación de causalidad entre ésta y aquel.

Conforme al artículo 177 del Código de Procedimiento Civil el damnificado que pretende que el autor del daño sea condenado al pago de los perjuicios ocasionados tiene la carga procesal de demostrar plenamente cada uno de esos elementos.

Entonces veamos si estas exigencias se cumplen o no en el plenario:

- DAÑO

Es el elemento determinante y esencial de la resarcibilidad en favor de la víctima, y consiste en todo detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia que sufre un individuo en su persona, sus bienes, su libertad, su honor, sus créditos, sus afectos, sus creencias, etc²⁸.

El daño debe ser probado por quien lo sufre, y si no se cumple con esa carga procesal, simplemente no prospera la acción indemnizatoria. No es suficiente hacer la afirmación de haber sufrido tal o cual daño, la misma debe tener respaldo probatorio, toda vez que no se trata de hechos notorios o presumibles.

- CULPA DEL AUTOR DEL DAÑO

Por regla general la culpa es aquella falta sea voluntaria o no, que causa un daño o perjuicio a una persona, como elemento configurativo de la responsabilidad, se ha dicho que es la conducta contraria a la que debiera haberse observado o normalmente en el caso, ya por torpeza, ignorancia o imprevisión. Son sujetos de esta tanto las personas naturales como jurídicas, y por ende, imputables de la correspondiente responsabilidad que su conducta pueda causar.

²⁷ Ibídem, Sección II, pág. 35 y s.s.

²⁸ Tamayo Jaramillo, Alberto, Manual de Obligaciones, La Responsabilidad Civil Fuente de las Obligaciones. Editorial Temis, citando a Arturo Alessandri Rodríguez pag.34.

- NEXO DE CAUSALIDAD ENTRE LA CULPA Y EL DAÑO

Consiste en que debe existir necesariamente relación entre la culpa y el daño, lo cual debe ser probado por la parte actora, como que puede ocurrir que aun habiendo culpa no se cause daño, amén de que este no puede ser eventual sino real.

En el caso *sub exámine*, se tiene que las exigencias que demandan la acción se encuentran satisfechas.

Nótese que el daño que la demandante alega se le ocasionó, consiste en el no pago de \$915.000, por concepto de la ayuda humanitaria que Acción Social proveía para las personas declaradas como desplazadas por la violencia a través del Banco Agrario de Colombia, afirmación que se encuentra plenamente acreditada con la aceptación que del mismo hizo el Banco demandado al contestar el libelo de postulación, específicamente en el numeral "OCTAVO", cuando al efecto dijo:

"Es cierto que el Banco Agrario de Colombia oficina Tumaco pagó irregularmente el giro a otra persona, de acuerdo a las investigaciones adelantadas por la Oficina de Seguridad Bancaria y el estudio grafológico realizado por mi poderdante en el cual se determinó:

Después de recoger varios soportes de firmas y huellas del solicitante con el objeto de realizar el estudio forense, remitiendo la solicitud para el estudio grafológico y dactiloscópico a los elementos y conceptuar si en un proceso normal de visación se lograba evidenciar las falencias.

El resultado del estudio técnico forense, establece que al ctejar la firma y grafismos de duda, como de LUZ MARGARITA SANCHEZ PALERMO, obrante en el Comprobante de Transacción original, elaborado el 16 de septiembre de 2009, por valor de \$915.000, que la firma de duda presenta variadas disimilitudes que conllevan a determinar que se trata de una rúbrica APOCRIFA, derivada de un gesto grafico diferente al de la citada reclamante.

De lo asentido, sin matices de incertidumbre y duda aflora también que el responsable en la comisión de los daños que se reclaman es el Banco Agrario, y con ello se configura el elemento de la culpa.

Recuérdese que las instituciones financieras se les exige un actuar diligente teniendo como base la naturaleza de las actividades que estas realizan, por ende deben tener unas medidas de seguridad al momento de realizarse transacciones de cualquier índole, las que en el presente debate, fueron inobservadas por el Banco Agrario, pues si bien aduce que *"nuestros funcionarios realizaron el trámite de solicitud de cédula, de tomar la impresión de la huella en el comprobante de transacción"*, tal aseveración no se prueba, y en todo caso, por especialidad de la labor bancaria se exige máxima diligencia y cuidado.

"es pertinente recordar que la jurisprudencia al interpretar la responsabilidad de los bancos en casos análogos como el pago de cheques falsos o adulterados, ha precisado que se trata de una aplicación de la llamada teoría del riesgo creado que consiste en asumir los riesgos de perdida y daños que genere una actividad lícita y lucrativa a la parte que la desarrolla y obtienen sus beneficios sobre todo si se trata de un empresario profesional.

Que frente a esta situación la única defensa que en este caso puede formular el banco es la culpa del cuentacorrentista, por ejemplo que no cuidaba su talonario de cheques o que entregó firmado en blanco el cheque que luego fue llenado por un mayor valor o que acostumbraba dejar sin protección cheques suscritos en blanco, o que no cumplió con la guarda y custodia de la tarjeta débito y la confidencialidad de la clave o NIP. Sin embargo si el banco no logra demostrar la culpa o negligencia del cuenta habiente deberá asumir el perjuicio derivado del pago del cheque adulterado, retiros y demás operaciones financieras, aunque el tampoco haya incurrido en culpa, al operar la responsabilidad objetiva a cargo del banco".

En fallo que posteriormente fue recurrido en casación, que dicho sea de paso no prosperó, el Tribunal²⁹, entre los argumentos de decisión en el punto de la responsabilidad bancaria anotó:

²⁹ Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D. C., citada en sentencia de la CSJ, SCC, MP RUTH MARINA DÍAZ RUEDA, Bogotá, D. C., tres (3) febrero de dos mil nueve (2009), Ref: Exp. N° 11001310302003-00282-01.

"6.- La responsabilidad bancaria es la propia de los profesionales del ramo que están encargados de la prestación de un servicio público, según lo tienen definido el ordenamiento jurídico nacional, en el Decreto 1593 de 1959 y la jurisprudencia; éstas entidades pueden "incurrir en responsabilidad contractual o extracontractual, o en ambas simultáneamente, si viola sus compromisos contractuales y/o si falta al deber de prudencia que le exigen las reglas de su oficio". A los bancos les son impuestos un cierto nivel de previsibilidad y para establecer el grado de prudencia empleado por el profesional en la materia "es menester analizar si se utilizaron todos los medios a su alcance, como son conocimientos, experiencia, recursos materiales, actuación diligente y de esta forma lograr el resultado perseguido, el cual no puede ser otro que la eficiente y eficaz prestación del servicio público".

7.- No hay duda que el demandado cumple con la función indicada y su responsabilidad se mide como la de un verdadero experto, (...)"

Y finalmente, en esta especie litigiosa, existe plena causalidad entre el daño causado y la culpa del Banco Agrario, por el comportamiento negligente de aquél, quien no tuvo los cuidados que cómo experto y prestador de un servicio público estaba en el deber de adoptar, lo que conllevó a permitir que un suplantador despojara de la suma a la verdadera beneficiaria. Y además la entidad bancaria no demostró causal alguna de exoneración de responsabilidad, tal y como lo advierte la Corte al referirse al régimen probatorio y a la defensa que debe esgrimir quien se le imputa culpa en la comisión del hecho dañoso, y al efecto dijo:

"(...) La causalidad basta para tener por establecida la culpa en aquellos casos en que, atendidas la naturaleza propia de la actividad y las circunstancias precisas en que el hecho dañoso se realizó, la razón natural permite imputar este último a la incuria o imprudencia de la persona de quien se demanda la reparación, e inútil será por lo tanto que este último, guardián de la actividad y demandado en el proceso, intente establecer que observó la diligencia debida; su defensa, entonces, no puede plantearse con éxito en el terreno de la culpabilidad sino en el de la causalidad, rindiendo la prueba de la causa extraña del perjuicio, originada en el caso fortuito o en la fuerza mayor, en el hecho de la víctima o en el hecho de un tercero (...)" (Sentencia del 22 de febrero de 1995)".

Así las cosas, aflora nítidamente la acreditación de los requisitos de la responsabilidad civil extracontractual, la falta de prosperidad de las excepciones planteadas por pasiva, y con ello consecuentemente la indemnización de los perjuicios.

3.5.3 INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS

El daño como se dijo determina la resarcibilidad en favor de la víctima no solamente el material sino también el daño moral o de afección.

Según los artículos 1613 y 1615 de nuestro estatuto sustantivo, la indemnización de perjuicios materiales comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante:

- Daño Emergente.

Es el perjuicio o quebranto que proviene del hecho dañoso, abarca la pérdida misma de elementos patrimoniales, los desembolsos que haya sido menester o que en el futuro sean necesarios y el advenimiento de pasivo.

- Lucro Cesante.

Es la ganancia o provecho que se deja de percibir por el daño ocasionado al cuerpo o la salud, está representado por la supresión o reducción temporal o indefinida de los ingresos por razón de la eliminación, reducción o transformación de la capacidad laboral.

- Daño moral.

Puede ser tanto objetivo como subjetivo. El primero es producto de una merma patrimonial debida a la disminución o pérdida de los ingresos, por limitación total o parcial de un bien que se sufre a consecuencia de un hecho dañoso. Al paso que el segundo hace relación a aspectos íntimos, vinculados a la parte sentimental y emocional de la persona tales como la aflicción, la amargura, el dolor, la soledad, la sensación de abandono o de impotencia que el evento dañoso le ocasiona a quien lo padece, circunstancia que, si bien dificulta su determinación, ello no es óbice para su tasación, tarea que por lo demás habrá de desplegarse teniendo en cuenta que las dolencias internas causadas por el daño varían de persona a persona, porque si bien puede ocasionar a unos hondo dolor y sufrimiento hasta sumirlos en deterioros síquicos mentales o severos trastornos emocionales, a otros puede afectarlos en menor intensidad.

Se ha dicho igualmente que la cuantificación del perjuicio moral no es asunto que la ley hubiera atribuido al antojo judicial, como algunos erróneamente han querido verlo, equivocación lamentable porque el dejarlo al libre arbitrio del juzgador, se le despoja de su carácter técnico y acaba por considerarse su tasación como una merced de compasión o lástima. Pero cuando el sentenciador examine la indemnización del perjuicio moral en su verdadera entidad y advierta en ella la satisfacción de un daño real y cierto, podrá calcular adecuadamente su monto.

De esta manera, se deja en claro que los perjuicios materiales y morales causados por un hecho dañoso son distintos entre sí, pues los primeros hacen relación al detrimento patrimonial objetivo de la víctima y los otros al padecimiento afectivo de la misma, que debe ser resarcido, lo que indica que para cuantificar su valor se debe tener en cuenta la prueba que determina la existencia del supuesto jurídico para los unos y los otros, más no la relación entre ellos. Razón por la cual su estimación es independiente para cada uno y pueden ser unos de mayor valor que los otros y viceversa.

3.5.3.1. VERIFICACIÓN

La parte activa solicitó como **daño emergente** “*Los intereses legales generados desde la fecha del pago irregular hasta la fecha en que se le haga el pago efectivo*” y **como lucro cesante** la suma de \$915.000.

Conforme a las definiciones que anteriormente quedaron sentadas, emerge que las condenas que se pretenden se encuentran invertidas, por lo que materialmente es posible la interpretación de los pedimentos para entenderlos en su sentido natural y obvio, tal como se explicitará en seguida:

- DAÑO EMERGENTE.

En el asunto de marras estará representado en la suma de dinero que la señora Luz Margarita Sánchez Palermo debía recibir como beneficio de Acción Social para las personas desplazadas, esto es, la cantidad de \$915.000, cantidad contenida en el “*Comprobante de Transacción*” de fecha 16 de septiembre de 2009³⁰, debidamente indexada, desde ésta calenda hasta la presente sentencia, lo cual arroja un resultado de **\$1.190.399,13**.

Datos:			
Capital:	\$ 915.000,00		
Fechas:	desde:	16/09/2009	
	hasta:	13/12/2016	
1. Liquidación:	Daño Emergente		
IPC INICIAL	102,11512		
IPC FINAL	132,85000		
VA=(I.P.C. FINAL / I.P.C. INICIAL) X CAPITAL			
VALOR ACTUAL = \$ 1.190.399,13			

³⁰ FI. 14, C-1

- LUCRO CESANTE.

Corresponderá a los intereses que el citado beneficio debía de producir. Si bien es cierto el Banco Agrario manifestó la disposición de entrega del dinero, como evidentemente obra en el plenario la prueba de la elaboración del cheque de gerencia para ser entregado a su beneficiaria³¹, lo cierto es que ante la negativa de la demandante de recibirlo, para evitar la mora debió de haberlo consignado, acudiendo incluso, al proceso de pago por consignación, pero al no haber procedido de esa forma los intereses se calcularan desde el momento del pago mal efectuado hasta la fecha de proveimiento de éste fallo.

Ahora bien, como lo sostiene también la Corte, al margen que el juzgador pueda una vez verificados los hechos dilucidados si se trata de una responsabilidad contractual o extracontractual y hecho correctamente el ejercicio hermenéutico, no incurra en yerro de incongruencia, distinto es o son las normas que ha de aplicar para efectos de la tasación de los valores que correspondan al ajuste de la pérdida del valor adquisitivo de la moneda y de los intereses que se deben reconocer. Al punto se cita³²:

"Pero ello es completamente distinto de las indemnizaciones en caso de 'responsabilidad extracontractual por el daño ocasionado por el pago irregular del cheque cruzado...y no de una responsabilidad fundada en el incumplimiento de una obligación derivados de. 'negocios mercantiles'. Porque la ganancia frustrada que se produce por aquella responsabilidad extracontractual no es la regulada 'en el artículo 884 del C. de Co., exclusiva 'en los negocios' e 'intereses' estrictamente 'moratorios' y 'mercantiles'; sino que aquella es la contemplada en las 'reglas generales civiles'; esto es, las del 'artículo 2341 del Código Civil, en armonía con el artículo 1649 del Código Civil', lo que indica que la ganancia frustrada causada por el daño ocasionado en responsabilidad aquiliana, debido a falta de norma especial, está representada 'en los intereses civiles anuales del 6% dejados de percibir (art. 1617 sent. No. 042 del 15 de febrero de 1991'".

Por ello, se dispondrá que sobre la suma indexada correspondiente al valor que no se pagó, es decir, el daño emergente ya calculado, desde la fecha en que el pago se hizo indebidamente hasta la calenda de éste fallo, se liquidaran los intereses a la tasa legal del 6%³³.

Obsérvese a diferencia de lo que ocurre cuando los intereses que se ordenan pagar son los moratorios del artículo 884 de la Legislación Comercial, los cuales involucran la devaluación, en el caso de los intereses civiles éstos no la llevan ínsita, y al tenor de lo dispuesto en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998, declarado exequible según sentencia C-114 de 1999, lo cierto es que, en aplicación de ese ordenamiento es un hecho notorio la devaluación.

Se pone de presente que la presente sentencia es declarativa de condena, y según lo ha dicho la Corte³⁴, los intereses se liquidan como moratorios, habida cuenta en ésta clase de pronunciamientos, se entiende que la mora se ha generado desde el momento que debió hacerse el pago, o para concretarlo al caso bajo estudio cuando la interesada pudo recibir esa suma, que se entiende fue la fecha en que el Banco le pago a la suplantadora.

"Sobre el particular esta Corte ha sostenido que el "entendimiento sobre la época en que comienza la mora de una obligación y sus consecuencias, corresponde a una polémica relativa a la selección y comprensión de las normas jurídicas que rigen la materia, así como a la asignación de su alcance, de modo que se trata de aspectos de puro derecho que inciden en la aplicación de las normas sustanciales necesarias para desatar la controversia, situación que resulta incompatible con denuncias fácticas como las expresadas en el cargo".³⁵

³¹ FI 79, C1

³² Sentencia de Casación N° 021 de 16 de febrero de 1995, citada en sentencia de la CSJ, SCC, MP RUTH MARINA DÍAZ RUEDA, Bogotá, D. C., tres (3) febrero de dos mil nueve (2009). Ref: Exp. N° 11001310302003-00282-01

³³ Puede consultarse la sentencia CSJ, SCC, MP JESUS VALL DE RUTÉN RUIZ, Rad.110001-31-03-0004-2009-00241-01, del 01 de junio de 2015.

³⁴ CSJ, SCC, MP ARIEL SALAZAR RAMÍREZ, Bogotá D. C., trece de diciembre de dos mil doce, Ref. Exp. 05001-31-03-017-2004-00141-01

³⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia de 15 de enero de 2009. Exp.: 2001-00433.

(...)

Son entonces, las sentencias meramente declarativas y las constitutivas las que no admiten, en principio, el reconocimiento de perjuicios moratorios a partir de una fecha anterior a la que son proferidas. Las primeras por excluir cualquier tipo de condena, y las segundas por cuanto introducen una estructura nueva en la relación jurídica presente, de manera que únicamente a partir de ellas surge la obligación que se pretende y, por tanto, por regla general les es incompatible el concepto de la mora.

Sobre ese respecto esta sala ha explicado que las sentencias de naturaleza constitutiva carecen de efectos retroactivos, mientras que estas consecuencias se predicen, por línea de principio, respecto de las de índole declarativa de condena.³⁶

En cuanto a lo apuntado que la condena al pago de los perjuicios moratorios involucra la eventual indexación de esas sumas, lo que no ocurre cuando se trata de intereses civiles, ha sido la línea en el punto trazada por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia³⁷.

“Justamente, sobre esa materia, hay que poner de presente que la obligación derivada del contrato de compraventa, cuyo pago reclama el demandante, tiene como objeto una suma determinada de dinero, de modo que en tal evento, a la luz del artículo 1617 del Código Civil, la indemnización estaba determinada por los intereses de mora de dicho monto, réditos que como se anotó líneas anteriores, debían ser los comerciales del artículo 884 del Código de Comercio.

Sin embargo, el Tribunal no tuvo en cuenta que el cálculo de la indexación y los aludidos intereses, en un mismo periodo de tiempo y para una misma suma de dinero, resulta incompatible, como quiera que, según es bien sabido, dentro de los réditos moratorios que rigen los actos mercantiles, existe un componente que, precisamente, está destinado a corregir la depreciación del dinero.

Sobre el punto, recuérdese que “tratándose de obligaciones dinerarias insolutas, debe existir equivalencia cualitativa -y no simplemente cuantitativa- entre las unidades monetarias entregadas por el acreedor y aquellas con las que el deudor pretende solventar su prestación, si se tiene en cuenta que, como efecto del inexorable, amén de implacable transcurso del tiempo, la moneda se ve afectada -las más de las veces y, particularmente en países con economías deficitarias o inestables- por procesos inflacionarios que erosionan y, por contera, desdibujan su poder adquisitivo.

...Es por ello por lo que la Corte ha expresado, que el pago no será completo, ‘especialmente respecto de deudores morosos de obligaciones de dinero, cuando éstos pagan con moneda desvalorizada, o sea, sin la consiguiente corrección monetaria, pues en tal evento se trata de un pago ilusorio e incompleto, como acertadamente lo sostienen la doctrina y la jurisprudencia, no sólo nacional sino foránea, la cual insiste en que si la obligación no es pagada oportunamente, se impone reajustarla, para representar el valor adeudado, porque esa es la única forma de cumplir con el requisito de la integridad del pago’ (se subraya; cas. civ. de 30 de marzo de 1984, CLXXVI, pág. 136. Vid: Sents. de 24 de abril de 1979, CLIX, pág. 107; de 15 de septiembre de 1983, CLXXII, pág. 198; de 19 de marzo de 1986, CLXXXIV, pág. 24; de 12 de agosto de 1988, CXCI, pág. 71 y de 24 de enero de 1990, CC, pág. 20)³⁸.

En consecuencia, la liquidación de los intereses, es como sigue, desde el día 16 de septiembre de 2009 a la fecha de la presente sentencia, tasados esos intereses al 6% anual, obteniendo como resultado la suma de **\$503.643,96.**

³⁶ CSJ, SCC, Sentencia de 14 de diciembre de 2011. Exp.: 01489.

³⁷ CSJ, SCC, Magistrado Ponente EDGARDO VILLAMIL PORTILLA, Bogotá, D.C., quince de enero de dos mil nueve, Ref.: Exp. No. 47001-31-03-003-2001-00433-01

³⁸ Sent. Cas. Civ. de 19 de noviembre de 2001, Exp. No. 6094), citada en sentencia CSJ, SCC, Magistrado Ponente EDGARDO VILLAMIL PORTILLA, Bogotá, D.C., quince de enero de dos mil nueve, Ref.: Exp. No. 47001-31-03-003-2001-00433-01.

Liquidación Intereses		
Tasa	6%	Anual
	0,004867	Mes
Periodo:	86,9	Meses
INTERES		\$ 503.643,96
TOTAL LIQUIDACIÓN		
Por capital indexado		\$ 1.190.399,13
Por intereses		\$ 503.643,96
TOTAL		\$ 1.694.043,09

- **PERJUICIOS MORALES.** No se reconocerán, en la medida en que los elementos de juicio de la afectación se hacen descansar en la declaración testimonial rendida por los ciudadanos Jenifer Paredes Cortés y Orlin Antonio Peña González³⁹, personas que si bien al unísono dieron a conocer que la señora Luz Margarita estaba desconsolada y afligida por no recibir la ayuda humanitaria, el cual según su conocimiento lo destinaría a la compra de un lote para la construcción de una casa, lo es también que, sus versiones no cuentan con mayor respaldo probatorio, convirtiendo la supuesta inversión en una mera expectativa.

En atención al anterior panorama, se procederá a revocar, en su integridad, la sentencia opugnada, y en su lugar se declarará la responsabilidad civil extracontractual en la que incurrió el Banco Agrario, y se lo condenará al pago de los perjuicios materiales, en la modalidad de daño emergente y lucro cesante, que se probaron.

3.6 CONDENA EN COSTAS

Se revocará la condena en costas a cargo de la parte activa, para en su lugar condenar en costas de primera y segunda instancia al extremo pasivo, razón por la cual, las costas de primera instancia se liquidarán por el Juzgado de conocimiento. Respecto de las de segunda se ordenará a la Secretaría de la Sala Civil Familia incluir por concepto de agencias en derecho la suma de OCHENTA Y CUATRO MIL CUATROCIENTOS OCHENTA Y DOS PESOS m/cte (\$84.482), monto que resulta de la aplicación del numeral 1.1. del artículo 6º del Acuerdo 1887 de 2003, modificado por el Acuerdo 2222 del mismo año, que establece que para los procesos ordinarios la tarifa de agencias en derecho en segunda instancia será hasta el 5% del valor de las pretensiones confirmadas o revocadas total o parcialmente en la sentencia.

IV. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, **EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PASTO, EN SALA DE DECISIÓN CIVIL FAMILIA**, "Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley", **RESUELVE:**

PRIMERO.- REVOCAR la sentencia dictada el día diez (10) de marzo de dos mil dieciséis (2016), por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Tumaco, al interior del proceso ordinario instaurado por **LUZ MARGARITA SÁNCHEZ PALERMO**, quien actúa en su propio nombre y como representante legal de su hijo **ASP** en contra del **BANCO AGRARIO DE COLOMBIA S.A.**, por las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión, y en su lugar se dispone:

³⁹ Fls. 5 y 6, C. de Pruebas

- 1.- **NO DECLARAR** la prosperidad de las excepciones formuladas por la parte demandada.
- 2.- **DECLARAR** la responsabilidad civil extracontractual del **BANCO AGRARIO DE COLOMBIA S.A.** por los perjuicios causados a **LUZ MARGARITA SÁNCHEZ PALERMO** y de que da cuenta la *litis*.
- 3.- **CONDENAR** al **BANCO AGRARIO DE COLOMBIA S.A.** a pagar a la demandante **LUZ MARGARITA SÁNCHEZ PALERMO**, las siguientes sumas y por los conceptos que se determinan así:
 - **UN MILLÓN CIENTO NOVENTA Y NUEVE MIL TRESCIENTOS NOVENTA Y NUEVE PESOS m/cte (\$1.199.399,13.)** por concepto de daño emergente.
 - **QUINIENTOS TRES MIL SEISCIENTOS CUARENTA Y TRES PESOS m/cte (\$503.643,96.),** por concepto de **lucro cesante**.

Todos los montos anteriores se cancelarán dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria de ésta providencia, de lo contrario generarán intereses civiles del 6% anual.

SEGUNDO.- NEGAR los perjuicios morales reclamados por la señora **LUZ MARGARITA SÁNCHEZ PALERMO**, en su favor y en el de su hijo **ASP**, como su representante legal.

TERCERO.- CONDENAR en costas de primera instancia al extremo pasivo, las cuales se tasarán por el Juzgado de conocimiento.

CUARTO.- CONDENAR en costas de segunda instancia al Banco Agrario de Colombia S.A. y en favor de la demandante **LUZ MARGARITA SÁNCHEZ PALERMO**. En consecuencia por Secretaría de la Sala Civil- Familia, inclúyase en la liquidación de costas de segunda instancia por concepto de agencias en derecho, la suma de OCHENTA Y CUATRO MIL CUATROCIENTOS OCHENTA Y DOS PESOS m/cte (\$84.482), por las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

QUINTO.- DEVOLVER oportunamente las presentes diligencias al Juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE

Los Magistrados,

FRANKLIN TORRES CABRERA

MARCELA ADRIANA CASTILLO SILVA

GABRIEL GUILLERMO ORTÍZ NARVÁEZ

En uso de compensatorio

RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL POR EL EJERCICIO DE ACTIVIDADES PELIGROSAS DE CONDUCCIÓN DE AUTOMOTORES – Presupuestos. / RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL POR EL EJERCICIO DE ACTIVIDADES PELIGROSAS – LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA: Se predica tanto del autor del hecho como del guardián material de la cosa causante del daño./ **RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL POR EL EJERCICIO DE ACTIVIDADES PELIGROSAS DE CONDUCCIÓN DE AUTOMOTORES – Al operar la presunción de culpa respecto del autor o guardián de la cosa, éste solo podrá exonerarse de dicha responsabilidad probando la concurrencia de una causa extraña** - No obstante se considera que el funcionario judicial se encuentra obligado a valorar el acervo probatorio, encaminado a verificar la presencia de situaciones capaces de estructurarse como una excepción de mérito, así los demandados no las hayan expuesto como defensa, como en el presente caso, en el cual se declaró de oficio la existencia de una causa extraña -fuerza mayor- que exime a la parte demandada de la presunción de culpa que recae sobre ella en la ocurrencia del daño imputado originado como consecuencia del desarrollo de una actividad peligrosa, se determina que las pruebas recaudadas tienen la capacidad de mostrar una situación diferente; acreditándose que fue el golpe sufrido con la carrocería del rodante de carga en el cual se transportaban los pasajeros, contraviniendo una norma de tránsito, la circunstancia que produjo las lesiones padecidas por el afectado, lo cual tiene incidencia directa y se convierte en el factor determinante en la producción de los daños; estableciéndose por tanto, que se cumplen a cabalidad los presupuestos axiológicos de este tipo de responsabilidad civil, siendo procedente la condena al pago de perjuicios en forma solidaria, tanto del conductor como de la persona a la cual, al momento del siniestro, se le puede atribuir la función de guarda de la cosa causante de los mismos, al tener el poder efectivo de dirección, control y manejo sobre el automotor, pese a que no logró demostrarse que detentaba la propiedad del mismo, sino su posesión. Decisión que no configura un atentado contra el principio de congruencia ni contra el derecho de defensa de la parte demandada, por cuanto a pesar de que la circunstancia que la posesión del vehículo, radicada en cabeza de uno de los demandados, no fue planteada en la demanda, al darse las condiciones para que pueda ser considerado como un hecho nuevo, debía ser tenido en cuenta por el juzgador al momento de dictar sentencia.

PERJUICIOS MATERIALES: Deben probarse – No hay lugar a la condena al pago de perjuicios materiales, al no haberse acreditado que estos se hayan causado, en tanto en lo atinente al lucro cesante no se demostró la dependencia económica de los demandantes con respecto al occiso y el daño emergente pretendió probarse mediante copia simple de una factura, la cual carece de valor probatorio.

PERJUICIOS MORALES – Al presumirse el daño moral a partir de los lazos de familiaridad, para su acreditación basta la simple prueba del parentesco – Procedencia de la condena a la indemnización por esta clase de perjuicios, siendo que basta la acreditación del parentesco para presumir el dolor y sufrimiento que se desprende por la pérdida de un familiar, y en tanto tal presunción no fue desvirtuada por la parte demandada, hay lugar a su tasación conforme las directrices que marca la jurisprudencia, lo probado en el proceso y el *arbitrium judicis*. /

TRIBUNAL SUPERIOR

DISTRITO JUDICIAL DE PASTO

SALA DE DECISIÓN CIVIL FAMILIA

San Juan de Pasto, veintinueve (29) de septiembre de dos mil dieciséis (2016).

Radicación: 2011-00289-01 (127-01)
Asunto: Apelación sentencia ordinario de responsabilidad civil extracontractual.

Demandante: Jorge Eliecer Benavides España y otros
Demandado: José Antonio Pantoja y otro
Procedencia: Juzgado Tercero Civil del Circuito de Pasto.

Magistrada Ponente: Aida Mónica Rosero García

Procede la Sala a decidir sobre el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia dictada en primera instancia por el señor Juez Tercero Civil del Circuito de Pasto al interior del referenciado asunto.

A manera de introducción recuerda la Sala, que el artículo 40 de la ley 153 de 1887, modificado por el artículo 624 del Código General del Proceso, prevé que las leyes adjetivas prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deban empezar a regir; sin embargo, precisa que los recursos interpuestos deben tramitarse por la norma vigente en la fecha en que aquellos fueron propuestos.

Efectivamente, si bien mediante Acuerdo No. PSAA15-10392 de 2015, proferido por el Consejo Superior de la Judicatura, se dispuso que el Código General del Proceso, entraría¹ a regir a partir del 1 de enero de 2016, el asunto de la referencia habrá de ser resuelto de conformidad con los parámetros de la disposición normativa citada, es decir al tenor de la norma procesal vigente al momento en que se incoó la apelación objeto de estudio.

I. ANTECEDENTES

DE LA DEMANDA.- JORGE ELIECER BENAVIDES ESPAÑA, NELLY ISAURA IGUA DE BENAVIDES, FREDY HERNÁN BENAVIDES RIVERA, HENRY EFRÉN BENAVIDES IGUA, LUIS CARLOS BENAVIDES IGUA, SANDRA BENAVIDES IGUA y JORGE ANTONIO BENAVIDES, por intermedio de apoderado judicial, presentaron demanda de responsabilidad civil extracontractual en contra de los señores JOSÉ ANTONIO PANTOJA ROMO y JOSÉ ANTONIO NASNER URBINA, con el fin de que previo el trámite del proceso ordinario de mayor cuantía, se declare a los demandados responsables de las lesiones y posterior fallecimiento del señor RICHARD JAIRO BENAVIDES IGUA, y se los condene al pago de una indemnización, en sumas determinadas, a título de perjuicios morales y materiales, estos últimos en la modalidad de daño emergente y lucro cesante.

Los hechos en los que se fundamenta la demanda, son los siguientes:

El 15 de enero de 2011, RICHARD JAIRO BENAVIDES IGUA se trasladaba en compañía de otras personas, desde Pasto a la sección Riobobo, jurisdicción de este mismo municipio, en el camión de placas AGC-017, de propiedad de JOSÉ ANTONIO PANTOJA ROMO y conducido por JOSÉ ANTONIO NASNER URBINA.

Llegando a la sección Cruz de Amarillo, a las 9 de la noche, el automotor colisionó contra un bordo en forma sorpresiva, por imprudencia del conductor, quien además frenó bruscamente.

Del percance resultó gravemente lesionado RICHARD JAIRO BENAVIDES IGUA. Y no obstante haberse dado cuenta de lo sucedido, el conductor, en vez de llevarlo a un centro hospitalario, continuó el viaje hasta el lugar de su destino y entregó al lesionado a sus familiares, junto con el SOAT del automóvil, quienes lo llevaron al Hospital San Pedro de Pasto.

A pesar de que en dicho establecimiento le prestaron los servicios médicos necesarios, RICHARD JAIRO BENAVIDES IGUA no se recuperó y, antes por el contrario, quedó parapléjico. Además, debido a las lesiones sufridas, el mentado falleció el 3 de septiembre de 2011, a las 5 a.m.

¹ Mediante Sentencia de Tutela dictada el 8 de febrero de 2015, por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, M.P. Blanca Lidia Arellano Moreno, se suspendió transitoriamente el acuerdo PSAA15-10392 de 2015, y por contera la entrada en vigencia del C. G. del P. en el Distrito Judicial de Pasto.

DE LO ACTUADO EN PRIMERA INSTANCIA. El juzgado de primera instancia, una vez corregida la demanda, procedió a admitirla, imprimiéndole el trámite de un proceso ordinario de mayor cuantía, y ordenó notificar personalmente a los demandados.

Efectuado esto último, solo el demandado JOSÉ ANTONIO PANTOJA ROMO, a través de apoderado judicial, procedió a contestar oportunamente la demanda impetrada. Frente a los hechos, el mentado negó ser el dueño del vehículo comprometido en el accidente, así como también tener conocimiento sobre la ocurrencia de este suceso. Con base en tales argumentos, se opuso a las pretensiones formuladas y propuso las excepciones que denominó *"INEXISTENCIA DE RESPONSABILIDAD POR PARTE DEL SEÑOR JOSÉ ANTONIO PANTOJA ROMO"* y *"FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA"*.

De las excepciones mencionadas se corrió traslado a los demandantes, quienes refirieron frente a ellas que si bien JOSÉ ANTONIO PANTOJA ROMO no es el propietario del camión de placas AGC-017, también lo es que para el momento de la ocurrencia del siniestro, él era su *"poseedor real y material"* y que incluso, el conductor JOSÉ ANTONIO NASNER URBINA era su subordinado.

Posteriormente se llevó a cabo la audiencia prevista en el art. 101 del C. de P. C., diligencia a la cual comparecieron algunas de las partes, por lo que no fue posible agotar la etapa conciliatoria. En ella no hubo excepciones previas por resolver, no se encontró ningún defecto que invalidara lo actuado y, en cuanto a la fijación del litigio, se dejó constancia de que los comparecientes a la diligencia ratificaban cada uno de sus argumentos fácticos y jurídicos que integran sus respectivos escritos.

Más adelante se abrió a pruebas el asunto, decretándose los medios de convicción solicitados por las partes, con los que se cuenta en su mayoría.

Evacuada dicha etapa, se corrió traslado para que los extremos en litigio presentaran alegatos de conclusión, oportunidad que, dicho sea de paso, fue aprovechada por las partes en contienda.

DE LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA. El señor Juez Tercero Civil del Circuito de Pasto, profirió sentencia, en la que decidió declarar probadas las excepciones denominadas *"FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA"*, en cuanto se refiere al demandado JOSÉ ANTONIO PANTOJA ROMO, y *"FUERZA MAYOR Y CASO FORTUITO"*, por lo que consecuentemente, negó las pretensiones de la demanda.

Para llegar a dichas determinaciones, el a quo inicialmente estimó que la legitimación en la causa no se logró acreditar en lo que respecta a JOSÉ ANTONIO PANTOJA ROMO, pues *"conforme al texto de la demanda, el citado señor fue demandado en su condición de PROPIETARIO del vehículo de placas AGC-017, condición que no fue acreditada en el proceso; (...) no se trajo al proceso la prueba documental (certificado de tradición expedido por las autoridades de tránsito donde se encuentre registrado el automotor) que demuestre la propiedad en cabeza del demandado"*.

Bajo esa consideración señaló que la base inamovible de la sentencia es el libelo de postulación, por efectos del principio de la congruencia, y en esa medida, *"[e]l texto de la demanda no indica que la responsabilidad del señor PANTOJA ROMO sea atribuible a otra condición diferente a la de propietario del vehículo"*. Por ello, concluyó que aunque la parte demandante insistió de manera posterior en la condición de poseedor material que ejercía el demandado PANTOJA ROMO -suerte que para el a quo tampoco fue acreditada de manera rotunda en la etapa probatoria- el Juzgador no podía aceptar *"el cambio de calidad o condición con que se cita a un demandado, sin que se reforme la demanda, pues eso conllevaría a una clara violación del derecho de defensa del demandado, quién al contestar la demanda, sus argumentos solo se limitan a defenderse de las afirmaciones hechas en la demanda"*.

Zanjado el estudio de dicho *"presupuesto"*, pasó a verificar el cumplimiento de los elementos axiológicos que permiten la declaración de la figura de la responsabilidad civil extracontractual. Y en esa tarea precisó que del haber probatorio allegado al expediente, especialmente de los testimonios recaudados de los señores HOLMES ADRIAN GELPUD CASTILLO y NILSON YOVANNY PUPIALES GELPUD, *"se llega a la rotunda conclusión de la ocurrencia de causas ajenas o extrañas en la realización de los hechos que generaron el daño y consecuentes perjuicios, que rompen el nexo causal y se convierten en factores de exoneración, pues finalmente se tiene acreditado que el daño*

sufrido no puede ser imputado al presunto responsable (el conductor del vehículo) y tampoco a la víctima”, ya que “para el momento de ocurrencia de los hechos se presentó una fuerza mayor consistente en el derrumbe o desprendimiento de tierra del talud de la carretera por donde transitaba el vehículo donde viajaba el lesionado, que obligó al conductor a realizar una frenada para evitar mayores consecuencias y daños”.

Aclaró que si bien la excepción de fuerza mayor y caso fortuito no fue planteada por el demandado JOSE ANTONIO NASNER URBINA, resultó acreditada probatoriamente en el expediente, por lo que era su obligación declararla.

DEL RECURSO DE APELACIÓN. Actuando dentro de término, la parte demandante formuló apelación en contra de la decisión en comento, recurso que fue concedido en el efecto suspensivo por el a quo y admitido en el mismo por la presente instancia.

En sustento del recurso, los apelantes señalaron que la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva no puede prosperar, toda vez que a pesar de que PANTOJA ROMO no tenía a su nombre la propiedad del vehículo de placas AGC-017, de la prueba testimonial pedida por la parte demandante y del interrogatorio de parte absuelto por NASNER URBINA se demuestra fehacientemente que aquel *“sí tenía la posesión real y material del citado automotor, siendo él quien había contratado al conductor y además había impartido como ya se dijo órdenes para que a los obreros después de la jornada laboral se los lleve a sus casa (sic) de habitación, lo que el conductor señor JOSÉ ANTONIO NASNER URBINA lo hacía en cumplimiento a la orden impartida por el señor JOSÉ ANTONIO PANTOJA ROMO...”*.

Por otro lado, rebatió que ni los testimonios ni las declaraciones de parte surtidas dentro del proceso indican que el accidente acaecido se trate de un caso fortuito producto de *“un derrumbo”*, ya que los declarantes explicaron que *“al llegar a esa curva bien cerrada el conductor del vehículo JOSÉ ANTONIO NASNER URBINA, colisionó contra el bordo allí existente”*, lo cual considera la censura *“es la consecuencia (sic) para que se presentara el deslizamiento de tierra, pero nunca esto ocurrió con anterioridad”*, pues así lo corroboran los testigos presenciales que viajaban con el señor RICHARD JAIRO BENAVIDES IGUA en la carrocería del camión, por lo cual merecen credibilidad, al contrario de *“las demás exposiciones que analiza el señor Juez y que afirman que existió el derribo”*, ya que a este grupo de testigos les dijeron cómo debían declarar.

Con base en lo anterior, los demandantes solicitaron que se revoque la providencia impugnada y, por efecto, se decreten favorablemente las pretensiones de la demanda.

Entre tanto, el demandado JOSÉ ANTONIO PANTOJA ROMO alegó en segunda instancia que es al contestar las excepciones propuestas que la parte demandante cambió su criterio respecto a la vinculación del señor PANTOJA ROMO para hacer creer que es el poseedor material del vehículo trabado en el proceso, pero sin haber corregido o reformado la demanda y mucho menos, sin acreditar fehacientemente el hecho de la posesión, por lo que estima acertada y justa la decisión del señor Juez de primera instancia. Agregó que de aceptarse la *“hipótesis”* de la parte actora, ello conllevaría a la violación del debido proceso y los derechos de defensa y contradicción, pues, reitera, el señor PANTOJA ROMO fue citado en la demanda como propietario y nunca como poseedor material, de ahí que, enterado de dicho libelo, lo contestó en dicha calidad.

Reseñados los aspectos relevantes de la *litis*, se procede a resolver lo que en derecho corresponda, previas las siguientes,

II. CONSIDERACIONES

DE LA SANIDAD PROCESAL. No se advierte que en la tramitación del proceso se haya incurrido en una causal de nulidad insanable, o una de aquellas que deban ser puestas en conocimiento de las partes.

DE LOS PRESUPUESTOS PROCESALES. Concurren a plenitud en el presente caso, veamos: tenía el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Pasto competencia para avocar conocimiento en primera instancia, en virtud de la naturaleza y cuantía del asunto (art. 16 num. 1º del C. de P. C.), así como por el lugar de domicilio de los demandados (art.

23 nums. 1º y 3º *ibídem*); mientras que esta Corporación tiene competencia funcional para desatar el recurso de alzada interpuesto (literal a) num. 1º art. 26 C. de P. C.).

De otro lado, las partes son personas naturales, mayores de edad, sobre quienes no pesa decreto de interdicción o al menos ello no se controvierte, por lo que tienen capacidad para ser parte y comparecer al proceso.

Continuando con el análisis de los presupuestos procesales, encontramos que tanto demandantes como demandados fueron asistidos por profesionales del derecho de su escogencia. Finalmente, se observa que la demanda presentada se allanó a cumplir con las mínimas exigencias que permiten decidir de fondo el asunto.

En cuanto al tema de la legitimación, debemos tener en claro que *"... según lo ha enseñado la Corte,... no es un presupuesto del proceso sino cuestión atinente a la titularidad del derecho de acción o contradicción. En otros términos, se dice que sólo está legitimado en la causa la persona que tiene el derecho que reclama, y como demandado, quien es llamado a responder, por ser, según la ley, el titular de la obligación correlativa..."* (Cas. Civ. 22 de febrero 1971, G. J. t. CXXXVIII, p. 131; G. J. CLXXXVIII, p. 218)" (Casación del 4 de febrero de 1991).

Por ello, es claro que entraremos a verificar si los extremos en litigio están legitimados, según sea, para ser merecedores o responder por los derechos enunciados en la demanda, más adelante, cuando desatemos el caso concreto.

DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL POR ACTIVIDADES PELIGROSAS. En materia de responsabilidad civil extracontractual, originada como consecuencia del desarrollo de una actividad peligrosa, con fundamento en el artículo 2356 del Código Civil, opera una presunción de culpa respecto del autor o guardián de la cosa; por lo cual, aquel solo podrá exonerarse de la imputación de dicha responsabilidad probando la concurrencia de una causa extraña, como lo son: la fuerza mayor o caso fortuito, el hecho de un tercero o la culpa exclusiva de la víctima.

Por dicho motivo se recuerda que de vieja data la jurisprudencia ha señalado que para la configuración de la responsabilidad civil extracontractual, derivada del ejercicio de actividades peligrosas, solo resulta menester la demostración del ejercicio de dicha actividad, el daño y la relación de causalidad entre aquel, exonerándose de acreditar la culpa.

Precisamente esta línea jurisprudencial fue reiterada por la Corte Suprema de Justicia, en el fallo de 26 de agosto de dos mil diez, cuando señaló:

*"La Corporación de modo reiterado tiene adoptado como criterio hermenéutico el de encuadrar el ejercicio de las actividades peligrosas bajo el alero de la **llamada presunción de culpabilidad en cabeza de su ejecutor o del que legalmente es su titular, en condición de guardián jurídico de la cosa**, escenario en el que se protege a la víctima relevándola de demostrar quién tuvo la responsabilidad en el hecho causante del daño padecido cuyo resarcimiento reclama por la vía judicial, circunstancia que se explica de la situación que se desprende de la carga que la sociedad le impone a la persona que se beneficia o se lucra de ella y no por el riesgo que se crea con su empleo. El ofendido únicamente tiene el deber de acreditar la configuración o existencia del daño y la relación de causalidad entre éste y la conducta del autor, pudiéndose exonerar solamente con la demostración de la ocurrencia de caso fortuito o fuerza mayor, culpa exclusiva de la víctima o la intervención de un tercero."*

Este estudio y análisis ha sido invariable desde hace muchos años y no existe en el momento actual razón alguna para cambiarlo, y en su lugar acoger la tesis de la responsabilidad objetiva, porque la presunción de culpa que ampara a los perjudicados con el ejercicio de actividades peligrosas frente a sus victimarios les permite asumir la confrontación y el litigio de manera francamente ventajosa, esto es, en el entendido que facilita, con criterios de justicia y equidad, reclamar la indemnización a la que tiene derecho.

La interpretación judicial de la Sala que se ha consignado en innúmeros fallos de la Corte, emana del texto mismo del artículo 2356 del Código Civil cuando dispone que "por regla general todo daño

que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta”, lo que significa sin lugar a dudas que los calificativos de la conducta del actor enmarcan dentro del sentido más amplio de lo que debe entenderse por el accionar culposo de una determinada persona en su vida social y en las relaciones con sus semejantes cuando excediendo sus derechos y prerrogativas en el uso de sus bienes o las fuerzas de la naturaleza causa menoscabo en otras personas o en el patrimonio de éstas.”¹(Negritas fuera de texto)

A su vez, la Jurisprudencia, ha indicado que la presunción a la que se ha hecho alusión con anterioridad, no solo se predica del autor o ejecutor directo de la actividad peligrosa, sino también de aquel que ha actuado como guardián de la misma. Sobre el particular la Corte ha expresado lo siguiente:

*“Con ese marco de referencia es de observarse que el artículo 2356 del Código Civil, al tiempo que regula lo atinente a la responsabilidad que surge del desarrollo de las actividades peligrosas, reglamenta, al lado del supuesto previsto en el artículo 2347 ibídem, la llamada responsabilidad directa, predicable, como se sabe, no solamente del autor material del hecho dañoso sino también de las personas, naturales o jurídicas, que ostentaren la condición de guardianas de la cosa inanimada con la cual se produjo el daño, desde luego que como la responsabilidad atribuible al autor material del suceso y la que se deriva de la ejecución de una labor considerada de riesgo **no se excluyen “la presunción de culpabilidad en contra de quien ejercita una actividad peligrosa afecta no sólo al dependiente o empleado que obra en el acto peligroso, sino también al empleador, dueño de la empresa o de las cosas causantes del daño”**(G. J., t. LXI, pag.569)”² (negritas fuera de texto).*

DEL CASO CONCRETO. Descendiendo al asunto que hoy centra la atención de esta Sala de Decisión, debemos decir inicialmente que está definida y por tanto resulta inalterable, la presencia en este caso de los elementos de la responsabilidad civil extracontractual por actividades peligrosas, consistentes en el ejercicio, precisamente, de esta actividad y el daño, declarado así en la sentencia de primer grado y no discutido en esta instancia por ninguna de las partes.

Entonces, por lo expuesto y conforme a los planteamientos esbozados por la parte demandante para sustentar el recurso de alzada, es tarea de esta colegiatura abordar dos cuestiones en esta instancia: **(i)** En primer lugar, entraremos a estudiar si, en efecto, las pruebas recaudadas en el proceso tienen la capacidad de mostrar una situación que exime a la parte demandada de la presunción de culpa que recae sobre ella en la ocurrencia del daño ocasionado a los demandantes y suficiente para romper el nexo de causalidad entre éste y la conducta del autor, como lo coligió oficiosamente el juzgador primera instancia. **(ii)** En segundo lugar, de verificar lo contrario y solo así, nos ocuparemos de los perjuicios materiales y morales reclamados por los demandantes. **(iii)** Finalmente, según corresponda, entremos a analizar si las excepciones enervadas por el señor JOSÉ ANTONIO PANTOJA ROMO, consistentes en la ausencia de responsabilidad de su parte frente al daño y la falta de legitimación para responder por las pretensiones de la demanda, deben ser o no declaradas.

(i) En aras de desatar el primer problema jurídico, debe reiterarse que el a quo abordó el estudio del caso concreto desde la óptica de la responsabilidad civil extracontractual por actividad peligrosa de conducción de automotores, frente a la cual no puede perderse de vista que la ley presume la culpa *“en cabeza de su ejecutor o del que legalmente es su titular, en condición de guardián jurídico de la cosa”²* (art. 2356 del C. C.), bastándole, entonces, al demandante demostrar la relación de causalidad entre el daño y la actividad peligrosa, mientras que aquel solo podrá exonerarse de la imputación de dicha responsabilidad probando la concurrencia de una causa extraña, como lo son, la fuerza mayor o caso fortuito, el hecho de un tercero o la culpa exclusiva de la víctima.

Pero resulta que en el caso particular, ni JOSÉ ANTONIO NASNER URBINA, al no contestar la demanda oportunamente, ni JOSÉ ANTONIO PANTOJA ROMO alegaron ninguna de las causas extrañas arriba relacionadas para eximirse de la presunción de culpa en la ocurrencia del daño que se enjuicia. Fue el a quo, después de analizar la prueba obrante en el expediente, quien de oficio encontró que se presentó una situación de fuerza mayor, consistente en el desprendimiento de tierra del talud de la cartería por donde transitaba el vehículo en donde se

² Corte Suprema de Justicia, Sentencia de 26 de agosto de 2010.

movilizaba la víctima, la que ocasionó el accidente, de donde se desprendieron los perjuicios reclamados, y la que hizo que el funcionario exonerara al demandado conductor del vehículo del daño imputado.

Pues bien, en ese escenario, para la Sala no cabe duda que radica en el juzgador la obligación de reconocer de oficio cualquier excepción perentoria, salvo la de prescripción, compensación y nulidad relativa, si probatoriamente se avizoran sucesos que las configuran³, así la parte demandada no las haya expuesto como defensa. Por eso, la labor del a quo de valorar en el caso bajo análisis el acervo probatorio, encaminada a verificar la presencia de situaciones capaces de estructurarse como una excepción de mérito, no es nada criticable. Más sin embargo y pese a ello, encuentra este Tribunal que en dicha tarea, el juzgador de primera instancia no apreció con el rigor debido el conjunto de pruebas obrantes en el plenario, ya que saltan a la vista otras circunstancias que no permiten concluir que el desmoronamiento de tierra, como causa extraña, haya sido el origen del accidente de donde se irrogaron los daños reclamados.

Ciertamente, se aprecia que las lesiones que padeció RICHARD JAIRO BENAVIDES IGUA se produjeron por el impacto que este sufrió contra la parte delantera de la carrocería del camión donde se transportaba junto con otras dos personas.

Los testimonios de HOLMES ADRIAN GELPUD CASTILLO y NILSON JOVANI PUPIALES GELPUD, quienes son los otros dos pasajeros que viajaban en la parte trasera del automotor, dan cuenta de esa situación. El primero de los testigos refirió en su declaración que en efecto, el 15 de enero de 2011, se encontraba viajando junto con RICHARD JAIRO BENAVIDES IGUA y NILSON JOVANNY PUPIALES GELPUD, rumbo al sector de Riobobo, a las 8 p.m., en el vehículo señalado en la demanda; que este fue frenado *"de repente"*, yendo a dar a una curva *"bien (sic) cerrada"*, lo que provocó que los pasajeros se fueran hacia adelante y el mentado BENAVIDES IGUA sufriera lesiones de tal magnitud que impidieron que este se pudiera poner en pie, pues, según la versión, no sentía las piernas. A su turno, NILSON JOVANI PUPIALES GELPUD, es conteste en señalar que viajaba junto al afectado y al otro testigo a bordo del automotor. Narró que cuando iban avanzando *"se le fueron las luces al camión, antes de llegar al derrumbe y cuando frenó pepo seco"*, envió a los pasajeros, *"dando maromas adentro y allí fue cuando levanta[ron] al compañero Richard"*, quien estaba sangrando.

Es decir, se tiene que de la prueba traída a colación, reiteramos, se extrae que fue el golpe sufrido con la carrocería del rodante la circunstancia que produjo las lesiones padecidas por el afectado y ello, a su vez, si bien se debió a que el conductor del vehículo tuvo que frenar por el derrumbe de tierra que acaeció en la vía, también es cierto que los pasajeros viajaban en la parte trasera de un vehículo de carga, contraviniendo una medida de tránsito diseñada para precaver esta clase de percances, sin ninguna medida de protección, lo cual, tiene incidencia directa y se convierte en el factor determinante en la producción de los daños.

Con el fin de afianzar lo antes expuesto, encontramos que, en efecto, el artículo 83 del Código Nacional de Tránsito Terrestre estipula la prohibición de llevar pasajeros en la parte exterior de un automotor, en el sentido de que: *"Ningún vehículo podrá llevar pasajeros en su parte exterior o fuera de la cabina, salvo aquellos que por su naturaleza así lo requieran tales como los vehículos de atención de incendios y recolección de basuras. No se permite la movilización de pasajeros en los estribos de los vehículos"*.

Así, sin duda, la norma de tránsito en mención establece la aludida prohibición, atendiendo al alto riesgo y al peligro que aparea movilizar un pasajero en la parte exterior de un vehículo automotor, consciente el legislador de que cuando se pone en marcha un auto, cualquier imprevisto puede ocurrir en el curso del viaje, así como que el exterior de un carro o el platón de una camioneta no son los sitios adecuados para el transporte de pasajeros, como que estos deben ir sentados y con el cinturón de seguridad.

Volviendo al caso concreto, es claro, entonces, que el conductor del vehículo violó esa expresa prohibición, al llevar a la víctima y a los otros dos acompañantes en el compartimento de carga del camión, lo cual además de ser una contravención a las normas de tránsito, es precisamente una desatención determinante en la producción

³ El art. 306 del C. de P. C. señala: *"Cuando el juez halle probados los hechos que constituyen una excepción, deberá reconocerla oficiosamente en la sentencia, salvo las de prescripción, compensación y nulidad relativa, que deberán alegarse en la contestación de la demanda"*.

del hecho lamentable, pues si la víctima no hubiese estado sometida a ese factor de riesgo, agréguese, viajando de pie y sin ningún artefacto que contrarreste la inercia en caso de una colisión, con seguridad las lesiones que padeció no se hubieran producido, así el automotor haya tenido que frenar intempestivamente por la caída de tierra en medio de su camino.

Así las cosas, la consideración de estas situaciones por parte de la Sala no hace posible que el análisis del *a quo* sea avalado, pues no hay circunstancias suficientes para echar abajo oficiosamente la presunción de culpa que recae sobre la parte demandada en la responsabilidad civil extracontractual, originada como consecuencia del desarrollo de una actividad peligrosa.

Por lo anterior queda claro que convergen a plenitud los presupuestos axiológicos de la responsabilidad civil extracontractual para el caso en concreto, referidos a la existencia del hecho peligroso, el daño y el nexo de causalidad entre ésta y aquél, sin encontrar que se haya acreditado ninguna circunstancia eximente de culpa.

(ii) Y como vienen las cosas, es ahora necesario ocuparnos de los perjuicios materiales y morales reclamados por los demandantes.

En cuanto a los materiales consistentes en el **lucro cesante**, antes es necesario hacer alusión a que ha sido decantado por la jurisprudencia colombiana que “[c]uando la víctima directa de un acto lesivo, fallece como consecuencia del mismo, sus herederos están legitimados para reclamar la indemnización del perjuicio por ella padecido, mediante el ejercicio de la denominada **acción hereditaria o acción hereditatis**, transmitida por el causante, y en la cual demandan, por cuenta de éste, la reparación del daño que hubiere recibido...”, siendo dicha acción “de **índole contractual o extracontractual**, según que la muerte del causante sea fruto de la infracción de compromisos previamente adquiridos con el agente del daño, o que se dé al margen de una relación de tal linaje, y como consecuencia del incumplimiento del deber genérico de no causar daño a los demás”.⁴ Mientras tanto, “todas aquellas personas, herederas o no de la víctima directa, que se ven perjudicadas con su deceso..., pueden reclamar la reparación de sus propios daños [a través de] de una acción en la cual **actúan iure proprio**, pues piden por su propia cuenta la reparación del perjuicio que personalmente hayan experimentado con el fallecimiento del perjudicado inicial, y **su naturaleza siempre es extracontractual**, pues así la muerte de éste sobrevenga por la inobservancia de obligaciones de tipo contractual, el tercero damnificado, heredero o no, no puede ampararse en el contrato e invocar el incumplimiento de sus estipulaciones para exigir la indemnización del daño que personalmente hubiere sufrido con el fallecimiento de la víctima-contratante, debiendo situarse, para tal propósito, en el campo de la responsabilidad extracontractual”⁵ (negrilla de la Sala).

Se encuentra en el presente asunto que los actores instauraron “**DEMANDA ORDINARIA DE MAYOR CUANTÍA POR RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL**”, pretendiendo el reconocimiento de perjuicios materiales a título de lucro cesante, el cual fue estimado en \$100.000.000, “*teniendo en cuenta que debido a las lesiones graves que sufrió en el accidente de tránsito y su posterior fallecimiento, [el afectado] dej[ó] de trabajar debido a las mismas (sic), teniendo en cuenta que al momento del fallecimiento tenía 32 años de edad y la probabilidad de vidas (sic) es a los 73 años (sic)*”.

Se entiende a partir del contenido de la pretensión aludida, ya que no hay referente fáctico en el acápite de los hechos de la demanda que soporte el pedimento, que los demandantes solicitan por su propia cuenta la reparación del perjuicio que personalmente sufren con el fallecimiento de su familiar, pues hacen referencia al tiempo que este hubiera podido trabajar si estuviera vivo, lo que permite inferir que aquellos dependían económicamente de él, no pudiendo ser de otra forma porque no sería viable pedir ese tipo de reconocimiento bajo la acción hereditaria.

No obstante esa aclaración, no se encuentra en el plenario ninguna prueba que dé cuenta que los demandantes dependían económicamente del occiso y menos de la cuantía de la ayuda que la víctima les prodigaba, como para entrar a calcular una indemnización por lucro cesante. Por lo dicho, no existe razón jurídica para entrar a reconocer esta clase de perjuicio.

⁴ Corte Suprema de Justicia, Sentencia de 18 de mayo de 2005, Exp. No. 14415.

⁵ Ídem.

Respecto al **daño emergente**, los demandantes solicitaron el pago de la suma de \$2.480.000 que señalan, también en el acápite de las pretensiones y no de los hechos, tuvieron que pagar por concepto del funeral de RICHARD JAIRO BENAVIDES IGUA, habiendo allegado, para probar esa situación, copia de una factura expedida por ese valor.

En ese sentido, debemos anunciar que el valor probatorio del documento aportado al proceso en copia simple queda descartado, en atención a que no cumplen las indicaciones que se enlistan en el art. 254 del C. de P. C. para que las mismas puedan tenerlo, posición ésta, que inalteradamente ha sido mantenida por la Corte Suprema de Justicia en sus fallos. Por ejemplo, en sentencia del primero de diciembre de 2015, la Sala de Casación Civil sostuvo lo siguiente:

Siendo así las cosas, en manera alguna la reforma mencionada varió los requisitos que requiere la copia de un documento para darle valor probatorio, pues, nótese que el de las reproducciones está consagrado en el artículo 254 del Código de Procedimiento Civil mientras que la disposición modificada por el legislador fue el canon 252.

Ni siquiera bajo el amparo del artículo 11 de la Ley 1395 de 2010 a través del que nuevamente fue cambiado el multicitado canon 252, cuya vigencia inició cuando ya estaba en curso el presente litigio, podría afirmarse que los calcos informales revisten total fuerza de convicción, habida cuenta que, como ya ha tenido oportunidad de expresarlo la Corte, esa mutación no tuvo ese propósito.⁶

En lo atinente al **daño moral** "en sentido estricto o puro, es decir, "el que es consecuencia de un dolor psíquico o físico" (CSJ SC, 17 agos. 2001, Rad. 6492), el que quebranta "la esfera sentimental y afectiva de una persona" (CSJ SC, 9 jul. 2010, Rad. 1999-02191-01), el que "corresponde a la órbita subjetiva, íntima o interna del individuo" (CSJ SC 13 may 2008, 1997-09327-01), o el de "ordinario explicitado material u objetivamente por el dolor, la pesadumbre, perturbación de ánimo, el sufrimiento espiritual, el pesar, la congoja, aflicción, sufrimiento, pena, angustia, zozobra, perturbación anímica, desolación, impotencia u otros signos expresivos" (CSJ SC, 18 sept. de 2009, Rad. 2005-00406-01), requiere como presupuesto indispensable para su reparación "ser cierto" (CSJ SC, 28 sept. 1937, GJ. T XLV, pág. 759), lo que en términos procesales significa que debe ostentar pleno respaldo probatorio".⁷

Ahora, siguiendo esa línea de ideas, tenemos que doctrinaria y jurisprudencialmente se ha establecido que basta la acreditación del parentesco para presumir el daño moral, es decir, este puede constituir indicio suficiente de la existencia, entre los miembros de una misma familia, de una relación de afecto profunda y, por lo tanto, del sufrimiento intenso que experimentan los unos con la desaparición o el padecimiento de los otros.

Sobre el tema, tanto la Corte Suprema como el Consejo de Estado se han pronunciado en los términos referidos. Así, encontramos que la Sala de Casación Civil de aquella Corporación, desde tiempo atrás, tiene sentada una tesis de presunción de hombres del daño moral, a partir de los lazos de familiaridad, como lo explica en la providencia que procedemos a transcribir parcialmente, por la pertinencia y claridad de la misma:

"En lo que atañe a la Jurisprudencia de la Corte, esta, cuando se trata de los parientes cercanos de la víctima, ha expuesto lo que, por ejemplo, puede leerse en fallo que data del 11 de mayo de 1976:

'Solo resta por considerar, pues, lo referente a los perjuicios morales subjetivos, cuya existencia se presume en casos como el presente, según lo ha dicho esta Corporación, por la estrecha relación de consanguinidad entre la víctima y los demandantes, - por los lazos de afecto que tal parentesco crea y por el sufrimiento moral que a no dudarlo debió ocasionarles a éstos la muerte de su hijo (G. J., t. CLII, p. 142):'

(...)

⁶ M.P. Fernando Giraldo Gutiérrez, radicación No. 11001-31-03-033-2004-00080-01.

⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala De Casación Civil, sentencia de 13 de junio de 2014, M. P. Fernando Giraldo Gutiérrez, radicación No. 0800131030092007-00103-01.

Entonces, cuando la jurisprudencia de la Corte ha hablado de presunción, ha querido decir que esta es judicial o de hombre. O sea, que la prueba dimana del razonamiento o inferencia que el juez lleva a cabo. Las bases de ese razonamiento o inferencia no son desconocidas, ocultas o arbitrarias. Por el contrario, se trata de una deducción cuya fuerza demostrativa entronca con clarísimas reglas o máximas de la experiencia de carácter antropológico y sociológico, reglas que permiten dar por sentado el afecto que los seres humanos, cualquiera sea su raza y condición social, experimentan por sus padres, hijos, hermanos o cónyuge.

Sin embargo, para salirle al paso a un eventual desbordamiento o distorsión que en el punto pueda aflorar, conviene añadir que esas reglas o máximas de la experiencia -como todo lo que tiene que ver con la conducta humana- no son de carácter absoluto. De ahí que sería necio negar que hay casos en los que el cariño o el amor no existe entre los miembros de una familia; o no surge con la misma intensidad que en otra, o con respecto a alguno o algunos de los integrantes del núcleo. Mas cuando esto suceda, la prueba que tienda a establecerlo, o, por lo menos, a cuestionar las bases factuales sobre las que el sentimiento al que se alude suele desarrollarse -y, por consiguiente, a desvirtuar la inferencia que de otra manera llevaría a cabo el juez-, no sería difícil, y si de hecho se incorpora al proceso, el juez, en su discreta soberanía, la evaluará y decidirá si en el caso particular -sigue teniendo cabida la presunción, o si, por el contrario, esta ha quedado desvanecida.

De todo lo anterior se sigue, en conclusión, que no obstante que sean tales, los perjuicios morales subjetivos están sujetos a prueba, prueba que, cuando la indemnización es reclamada por los parientes cercanos del muerto, las más de las veces, puede residir en una presunción judicial. Y que nada obsta para que esta se desvirtúe por el llamado a indemnizar poniéndole de presente al fallador aquellos datos que, en su sentir, evidencian una falta o una menor inclinación entre los parientes. (G.J. C. C. No. 2439, pág. 86).

Ahora, también es cierto que el criterio utilizado para la tasación de este tipo de perjuicios ha sido el del *arbitrium judicis*, que otorga un discreto margen de cálculo al funcionario judicial, el cual debe ser *"ponderado, razonado y coherente según la singularidad, especificación, individuación y magnitud del impacto, [consultando] por supuesto que las características del daño, su gravedad, incidencia en la persona, el grado de intensidad del golpe y dolor, la sensibilidad y capacidad de sufrir de cada sujeto, son variables y el quantum debeatur se remite a la valoración del juez"*⁸. Sin embargo, la doctrina de la Sala de Casación Civil de la H. Corte Suprema de Justicia, en materia de perjuicios morales, estableció como referente un monto, situado en los \$55'000.000, según providencia del 9 de julio de 2012⁹, para la época equivalentes a 97.1 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

En el caso bajo estudio, tenemos que dentro del proceso resultó probada la relación filial de los señores JORGE ELIECER BENAVIDES ESPAÑA, NELLY ISAURA IGUA DE BENAVIDES, FREDY HERNÁN BENAVIDES RIVERA, HENRY EFRÉN BENAVIDES IGUA, LUIS CARLOS BENAVIDES IGUA, SANDRA BENAVIDES IGUA y JORGE ANTONIO BENAVIDES IGUA con la víctima a través del registro civil de nacimiento de esta última y el de sus hermanos. Además, la testigo EDILMA DEL SOCORRO POTOSÍ GUANCHA, dio a conocer en su declaración que *"la mamá sufría mucho [porque] decía que no tenía plata para bajar a verlo (...) todo el tiempo que estuvo enfermo [a] ella le dio duro, ella estaba enferma de los nervios..."*

Así las cosas, siguiendo las directrices que marca la jurisprudencia y los hechos probados en el plenario, bajo el *arbitrium judicis* de este Tribunal y conforme a la presunción de dolor y sufrimiento que se desprende por la pérdida de un familiar, situación que, dicho sea de paso, no fue desvirtuada por la parte demandada bajo ningún medio probatorio, la tasación de los perjuicios morales será de cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes a favor de JORGE ELIECER BENAVIDES ESPAÑA y NELLY ISAURA IGUA DE BENAVIDES, para cada uno, como padres de la víctima, y de diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes a favor de FREDY HERNÁN BENAVIDES RIVERA, HENRY EFRÉN BENAVIDES IGUA, LUIS CARLOS BENAVIDES IGUA, SANDRA BENAVIDES IGUA y JORGE ANTONIO BENAVIDES IGUA, para cada uno, como hermanos del occiso.

⁸ Sentencia de casación del 18 de septiembre de 2009, M.P. William Namén Vargas, expediente: 20001-3103-005-2005-00406-01

⁹ M.P. Ariel Salazar Ramírez, expediente 11001-3103-006-2002-00101-01.

(iii) Atendiendo el resultado de los dos primeros cuestionamientos planteados, es menester pasar a analizar la prosperidad de las excepciones de mérito planteadas por el demandado JOSÉ ANTONIO PANTOJA ROMO, denominadas “INEXISTENCIA DE RESPONSABILIDAD POR PARTE DEL [DEMANDADO]” y “FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA”, ambas montadas sobre una misma línea argumentativa, basada en que el mentado no es propietario del vehículo de placas AGC-017, contrario a lo que se señaló en el libelo de demanda, lo que para él significa que no le asiste obligación legal de reparar daño alguno a los demandantes, ya que por esa razón no existe un vínculo de dependencia con ellos.

Cabe señalar además que el Juez de primera instancia avaló esa argumentación cuando analizó la legitimación en la causa del demandado, basado, no solo en que no se acreditó que el demandado en mención sea el propietario del camión involucrado en el accidente, sino también en que a pesar de que los demandantes, posteriormente, cuando recorrieron el traslado de las excepciones a que hacemos mención, dieron a conocer la condición de poseedor material de aquel sobre el vehículo, esa es una cuestión que no es posible aceptar, sin que antes se hubiera reformado la demanda, porque de ser así, ese cambio de calidad con que se citó al señor PANTOJA ROMO conllevaría a una violación de su derecho de defensa.

Este fundamento es también utilizado por el mentado en los alegatos vertidos en esta instancia.

Frente a lo expuesto, en primer lugar, huelga decir que no es ajeno a esta Corporación que en nuestro ordenamiento jurídico, la responsabilidad civil generada por las actividades peligrosas brota no de la guarda de una cosa sino del ejercicio de la actividad peligrosa, o sea, no se trata de “cosas” sino de actividades, en las cuales, como ha entendido la Corte, y suele ocurrir, pueden utilizarse aquellas. En ese sentido explica el Alto Tribunal:

“Natural corolario que se sigue de todo cuanto queda expuesto es que, siendo una de las situaciones que justifica la aplicación del artículo 2356 del Código Civil el hecho de servirse de una cosa inanimada al punto de convertirse en fuente de potenciales peligros para terceros, requiérese en cada caso establecer a quien le son atribuibles las consecuencias de acciones de esa naturaleza, cuestión ésta para cuya respuesta, siguiendo las definiciones adelantadas, ha de tenerse presente que sin duda la responsabilidad en estudio recae en el guardián material de la actividad causante del daño, es decir la persona física o moral que, al momento del percance, tuviere sobre el instrumento generador del daño un poder efectivo e independiente de dirección, gobierno o control, sea o no dueño, y siempre que en virtud de alguna circunstancia de hecho no se encontrare imposibilitado para ejercitar ese poder, de donde se desprende, que en términos de principio y para llevar a la práctica el régimen del que se viene hablando, tienen esa condición: ‘(i) El propietario, si no se ha desprendido voluntariamente de la tenencia o si, contra su voluntad y sin mediar culpa alguna de su parte, la perdió, razón por la cual enseña la doctrina jurisprudencial que ‘(...) la responsabilidad del dueño por el hecho de las cosas inanimadas proviene de la calidad que de guardián de ellas presúmese tener (...)’; agregándose a renglón seguido que esa presunción, la inherente a la ‘guarda de la actividad’, puede desvanecerla el propietario si demuestra que transfirió a otra persona la tenencia de la cosa en virtud de un título jurídico, (...) o que fue despojado inculpablemente de la misma como en el caso de haberle sido robada o hurtada (...)’ (G.J. T. CXLII, pág. 188). ‘(ii). Por ende, son también responsables los poseedores materiales y los tenedores legítimos de la cosa con facultad de uso, goce y demás, cual ocurre con los arrendatarios, comodatarios, administradores, acreedores con tenencia anticrética, acreedores pignoratícios en el supuesto de prenda manual, usufructuarios y los llamados tenedores desinteresados (mandatarios y depositarios). ‘(iii) Y en fin, se predica que son ‘guardianes’ los detentadores ilegítimos y viciosos, usurpadores en general que sin consideración a la ilicitud de los antecedentes que a ese llevaron, asumen de hecho un poder autónomo de control, dirección y gobierno que, obstaculizando o inhibiendo obviamente el ejercicio del que pertenece a los legítimos titulares, a la vez constituye factor de imputación que resultaría chocante e injusto hacer de lado”.¹⁰

¹⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación, Sentencia de 02 de diciembre de 2011 Referencia: 11001-3103-035-2000-00899-01 Magistrado ponente WILLIAM NAMÉN VARGAS

Luego, siendo que reposan en el plenario como pruebas las declaraciones de Holmes Adrián Gelpud Castillo y Nilson Jovani Puiales Gelpud, quienes a través de sus narraciones dejan ver que a pesar de que la propiedad del vehículo no radica en cabeza de PANTOJA ROMO, este sí ejercía control de la actividad causante del perjuicio, ya que se observa que al momento del siniestro *tenía sobre el instrumento generador del daño un poder efectivo e independiente de dirección, gobierno o control, siendo o no su dueño*, representado en que el camión era utilizado para transportar personal que trabaja en los cultivos de papa de su propiedad.

En efecto, vemos que Holmes Adrián Gelpud Castillo es determinante al señalar que el propietario del vehículo de placas ACG-017 es el señor JOSÉ ANTONIO PANTOJA.

Así mismo, Nilson Jovani Puiales Gelpud, dio a conocer en detalle que Holmes Adrián Gelpud Castillo, RICHARD JAIRO BENAVIDES IGUA y él, subieron *"como a eso de las ocho de la noche a la Bomba del Ocho que queda en Catambuco, de allí como ya llegó don ARMANDO con don CHEPE, nosotros le cobramos que nos pague de la carga (sic), entonces el mismo don Chepe dijo [d]on Armando que no había plata que nos esperamos para el otro sábado, entonces como se hizo de noche, le dijimos en qué nos vamos a ir, entonces [él] dijo váyanse a pata, **de allí llegó el camión verde de propiedad de don CHEPE PANTOJA, entonces dijo don Chepe que tanque[él] el carro o camión verde, entonces como este va para allá dijo váyanse en ese, por [que] ese va para allá, entonces nos subimos el finado RICHARD, OLMES (sic) GELPUD y Yo..."***

Declaraciones que encuentran credibilidad en tanto Boris Armando Eraso, luego de señalar ser el mayordomo en varios predios de propiedad de la empresa Agroculpapa, de la cual hace parte el señor PANTOJA ROMO, reconoció que los testigos Holmes Adrián Gelpud Castillo y Nilson Jovani Puiales Gelpud, eran trabajadores al servicio del mentado demandado, así como también señaló que estuvo en la estación de combustible, a eso de las 8 p.m., y que el camión que conducía JOSÉ ANTONIO NASNER fue a abastecerse a esa misma estación.

Y en segundo lugar, que la aceptación de la circunstancia antes atendida no configura un atentado contra la congruencia de la sentencia ni contra el derecho de defensa de los demandados, acorde a lo establecido en el inciso final del artículo 305 del C. de P. C., pues el hecho de que JOSÉ ANTONIO PANTOJA ROMO sea el poseedor del vehículo implicado en el accidente, así no haya sido planteado en el libelo de demanda, puede ser tenido en cuenta por el juzgador al momento de dictar sentencia, ya que cumple las exigencias que señala la norma en cita para que ello sea así.

El citado artículo, en lo pertinente, establece:

"En la sentencia se tendrá en cuenta cualquier hecho modificativo o extintivo del derecho sustancial sobre el cual verse el litigio, ocurrido después de haberse propuesto la demanda, siempre que aparezca probado y que haya sido alegado por la parte interesada a más tardar en su alegato de conclusión, y cuando éste no proceda, antes de que entre el expediente al despacho para sentencia, o que la ley permita considerarlo de oficio".

La primera condición, esta es, que la ocurrencia del hecho nuevo se dé después de la presentación de la demanda, se encuentra cumplida, amén de que los demandantes presentaron la demanda bajo el entendimiento de que el demandado JOSÉ ANTONIO PANTOJA ROMO era el propietario del camión, pero fue después de que este la contestara, que conocieron que no era así, por lo que propusieron como supuesto constitutivo de sus pedimentos que la relación del mentado con el vehículo era la de poseedor.

La segunda condición, la cual refiere que los hechos hayan sido probados en el proceso, también se cumple, ya que así se desprende del análisis realizado con antelación al material probatorio recaudado.

Y finalmente, en cuanto al requisito atinente a que la parte interesada lo haya aducido a más tardar en el alegato de conclusión o, cuando este no se requiera, antes de que el expediente entre al despacho para dictar sentencia, se encuentra configurado, comoquiera que el supuesto fáctico concerniente a que el demandado JOSÉ ANTONIO PANTOJA ROMO es el poseedor del vehículo, fue ventilado por los demandantes al momento de recorrer el traslado de las excepciones propuestas por aquel.

Con base en lo hasta aquí expuesto, se revocará la sentencia dictada por el a quo, lo que significa, a su vez, que se condenará a los demandados a pagar las costas de primera y segunda instancia, fijando para tal efecto las agencias en derecho en cinco (5) y dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes, respectivamente.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, **EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PASTO**, en **SALA DE DECISIÓN CIVIL- FAMILIA**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO.- REVOCAR la sentencia proferida por el señor Juez Tercero Civil del Circuito de Pasto dentro del asunto de la referencia, por las razones expuestas en esta instancia, y en su lugar **DISPONER:**

***"PRIMERO.- DECLARAR no probadas** las excepciones de mérito formuladas por JOSÉ ANTONIO PANTOJA ROMO denominadas "INEXISTENCIA DE RESPONSABILIDAD POR PARTE DEL [DEMANDADO]" y "FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA.*

***"SEGUNDO.- DECLARAR** que JOSÉ ANTONIO PANTOJA ROMO y JOSÉ ANTONIO NASNER URBINA, son civil y extracontractualmente responsables de los perjuicios morales causados a JORGE ELIECER BENAVIDES ESPAÑA, NELLY ISAURA IGUA DE BENAVIDES, FREDY HERNÁN BENAVIDES RIVERA, HENRY EFRÉN BENAVIDES IGUA, LUIS CARLOS BENAVIDES IGUA, SANDRA BENAVIDES IGUA y JORGE ANTONIO BENAVIDES, con ocasión del accidente que originó las lesiones y posterior fallecimiento del señor RICHARD JAIRO BENAVIDES IGUA.*

***"TERCERO.-. CONDENAR** en forma solidaria a JOSÉ ANTONIO PANTOJA ROMO y JOSÉ ANTONIO NASNER URBINA a pagar a la ejecutoria de esta providencia, **A TÍTULO DE PERJUICIOS MORALES**, los siguientes conceptos:*

- A favor de JORGE ELIECER BENAVIDES ESPAÑA y NELLY ISAURA IGUA DE BENAVIDES, como padres de la víctima, la suma equivalente **CINCUENTA SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES** para cada uno de ellos.*

- A favor de FREDY HERNÁN BENAVIDES RIVERA, HENRY EFRÉN BENAVIDES IGUA, LUIS CARLOS BENAVIDES IGUA, SANDRA BENAVIDES IGUA y JORGE ANTONIO BENAVIDES IGUA, como hermanos del occiso, la suma de **DIEZ SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES**.*

***"CUARTO.- NEGAR** las demás pretensiones incoadas por los demandantes.*

***"QUINTO.- CONDENAR** a los demandados a pagar las costas de primera instancia a favor de los demandantes. Al momento de elaborar la liquidación respectiva, téngase como agencias en derecho el valor de **cinco (5) salarios mínimos legales mensuales vigentes**".*

SEGUNDO.- CONDENAR a los demandados a pagar las costas de segunda instancia a favor de los demandantes. Al momento de elaborar la liquidación respectiva, téngase como agencias en derecho el valor de **dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes**.

TERCERO.- ORDENAR, una vez culminada la actuación procesal, el envío del expediente al Juzgado de origen, dejando las anotaciones correspondientes.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

AIDA MÓNICA ROSERO GARCÍA

Magistrada

FRANKLIN CABRERA TORRES

Magistrado

MARCELA ADRIANA CASTILLO SILVA

Magistrada

UNIÓN MARITAL DE HECHO - Diferencias con la Sociedad Patrimonial entre Compañeros Permanentes./ UNIÓN MARITAL DE HECHO – Requisitos: Singularidad – Del análisis integral del acervo probatorio, se determina que se encuentran acreditados los presupuestos axiológicos para la configuración de la unión marital de hecho, estableciéndose que la relación existente entre los compañeros permanentes gozó de singularidad, en tanto no se avizora la existencia de multiplicidad de relaciones, por cuanto a pesar de existir un vínculo matrimonial anterior, no es posible afirmar que el de cujus haya mantenido simultáneamente con su esposa una relación en similares condiciones a la que sostuvo con la compañera, la cual se caracterizó por la cohabitación y la intención de conformar una comunidad de vida.

SOCIEDAD PATRIMONIAL DE HECHO ENTRE COMPAÑEROS PERMANENTES - Presupuestos. / SOCIEDAD PATRIMONIAL DE HECHO – Falta de Legitimación en la Causa por activa./ CAUSALES DE DISOLUCIÓN DE LA SOCIEDAD CONYUGAL – Taxatividad. / SOCIEDAD PATRIMONIAL DE HECHO ENTRE COMPAÑEROS PERMANENTES - La existencia de un vínculo matrimonial anterior, impide su configuración - No obstante se declaró la existencia de una unión marital de hecho, esta no produce efectos patrimoniales, siendo que no es procedente la declaratoria de la existencia de una sociedad patrimonial de hecho entre los compañeros permanentes, al verificarse que el vínculo matrimonial entre la demandada y el causante se encontraba vigente a la fecha en la cual se produjo su fallecimiento; no siendo factible aceptar, como lo solicita la parte apelante, que el presupuesto de la requerida disolución de la sociedad conyugal preexistente pudo haberse dado por la separación de cuerpos y de hecho de los esposos, al no estar establecida como causal de disolución de la sociedad conyugal; ni mucho menos haber operado tal disolución por la muerte de uno de los cónyuges, en tanto, por simple lógica, ya no sería posible empezar a contabilizar el lapso requerido de la convivencia entre los compañeros permanentes, porque la cohabitación ya no se presenta; lo cual conlleva a determinar que la demandante carece de legitimación en la causa por activa, para reclamar la presencia de una sociedad patrimonial de hecho./

TRIBUNAL SUPERIOR

DISTRITO JUDICIAL DE PASTO

SALA DE DECISIÓN CIVIL FAMILIA

San Juan de Pasto, veintinueve (29) de febrero de dos mil dieciséis (2016)

Radicación: 2010-00266-00 (571-01)
Asunto: Apelación de sentencia en proceso ordinario
Demandante: ALDG
Demandado: MCJC y otros
Procedencia: Juzgado Tercero de Familia del Circuito de Pasto.

Magistrada Ponente: Aida Mónica Rosero García

Procede la Sala a decidir sobre el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia dictada en primera instancia por el señor Juez Tercero de Familia del Circuito de Pasto, al interior del referenciado asunto.

I. ANTECEDENTES

DE LA DEMANDA. ALDG, por intermedio de apoderada judicial, presentó demanda en contra de MCJC, ESLY,

MJPDEL, estos dos últimos vinculados al proceso posteriormente, y demás herederos indeterminados del fallecido FHLP, con el fin de que previo el trámite del proceso ordinario de menor cuantía, se declare que entre la actora y el causante, existió una unión marital de hecho desde el 12 de octubre de 2004 y hasta el 4 de julio de 2010 y, en consecuencia, se liquide la sociedad patrimonial existente entre ellos, la cual consta de un inmueble, ubicado en el barrio Las Lunas. Así mismo, solicita se levante el Patrimonio de Familia que recae sobre el mencionado bien y se condene en costas a la demandada en caso de oposición.

Los hechos en los que se fundamenta la acción, la Sala los compendia como sigue:

Desde el 12 de octubre de 2004 y hasta el día 4 de julio de 2010, ALDG y FHLP tuvieron una relación de pareja con las características propias de una unión marital de hecho, dentro de la cual no tuvieron hijos.

Los compañeros permanentes no suscribieron capitulaciones y la unión se disolvió el día 4 de julio de 2010, por el fallecimiento del señor FHLP.

La demandante no tiene ningún impedimento para conformar la unión marital de hecho. Sin embargo, el causante se encontraba casado con la señora MCJC, con quien nunca convivió, dando paso a una separación física y definitiva, pues todo el tiempo compartió el mismo techo y lecho con ALDG, hasta el día de su muerte.

FHL siempre estuvo pendiente de demandante, velando por su bienestar y cubriendo todas sus necesidades, toda vez que ella no laboraba.

Durante la mencionada unión marital de hecho, surgió una sociedad patrimonial *"consistente en la compra de un bien inmueble casa de habitación ubicada en la urbanización Las Lunas, distinguida como..., con nomenclatura actual según certificado catastral..."*¹.

Dicha sociedad patrimonial se disolvió el día del fallecimiento del señor LP, es decir, el 4 de julio de 2010

DEL TRÁMITE IMPARTIDO.- El Juzgado de primera instancia admitió la demanda imprimiéndole el trámite del proceso ordinario de mayor cuantía, ordenó emplazar a la demandada y a los herederos indeterminados del causante, así como también notificar al Defensor de Familia del ICBF y a la Procuradora Veinte en Asuntos de la Infancia, la Adolescencia y la Familia.

Surtidos los emplazamientos, se designó Curador *Ad Litem* tanto a la demandada, como a los herederos indeterminados del causante, quienes a su turno respectivamente, se opusieron a todas y cada una de las pretensiones invocadas en la demanda, proponiendo como excepciones de mérito, las que denominaron *"INEXISTENCIA DE LOS PRESUPUESTOS PARA LA DECLARATORIA DE LA UNIÓN MARITAL DE HECHO"* y *"FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR ACTIVA"*.

Lo anterior teniendo en cuenta que FHLP, al momento de su fallecimiento y durante la supuesta convivencia con la demandante, se encontraba casado sin disolver o liquidar la sociedad conyugal.

Corrido el traslado de las excepciones de mérito propuestas por las Curadoras *Ad Litem* tanto de la demandada como de los herederos indeterminados, la parte demandante guardó silencio.

Posteriormente se llevó a cabo la audiencia prevista en el art. 101 del C. de P. C. En el transcurso de la diligencia no se abordó la etapa de conciliación, se decretó y practicó el interrogatorio de parte a la demandante; se evacuaron las etapas restantes, no habiendo excepciones previas que resolver. Así mismo, el a quo no encontró ningún defecto que invalidara lo actuado y, en la fijación del litigio, la demandante y las Curadoras *Ad Litem* se ratificaron en el contenido de la demanda y su contestación, respectivamente.

¹ Fl. 3, Cdno 1.

Evacuadas las etapas anteriores, se abrió a pruebas el asunto, decretándose algunos y negándose otros de los medios de convicción solicitados por la parte demandante, con los que se cuenta en su mayoría, destacando que mediante interlocutorios se decretaron unas pruebas de oficio, las cuales fueron practicadas en su oportunidad. Finalmente se corrió traslado a las partes para que presenten alegatos de conclusión, oportunidad que dicho sea de paso, fue aprovechada por la parte demandante.

Estando así las cosas, el Juez de conocimiento dictó sentencia en la que declaró probadas las excepciones propuestas por la parte demandada, providencia que fue apelada por el extremo activo.

Conociendo del recurso de alzada, esta Corporación declaró la nulidad de lo actuado a partir de la sentencia ya referida, tras verificar que en el proceso no se había notificado a ESLY y MJP, siendo estos progenitores y, a la vez, herederos determinados del señor LP.

En obediencia a lo antes mencionado, el Juzgado de primera instancia ordenó la citación de los mencionados sucesores, los cuales acudieron al proceso contestando la demanda con pronunciamientos de oposición frente a las pretensiones de declaración de unión marital de hecho y la liquidación de la sociedad patrimonial predicada entre demandante y causante, bajo el argumento que su descendiente tuvo un vínculo marital con MJ, que aún continúa vigente, lo cual constituye un impedimento para que surja una nueva sociedad patrimonial.

Posteriormente, se evacuó nuevamente en primera instancia la diligencia contemplada en el art. 101 del C. de P. C., practicándose dentro de ella los interrogatorios de los herederos determinados del causante y la ampliación del ya rendido por la demandante.

No habiendo pruebas que practicar, el *a quo* ordenó correr traslado para presentar alegatos de conclusión y, vencido este, procedió a dictar sentencia.

DE LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA. El señor Juez Tercero de Familia del Circuito de Pasto profirió sentencia en la que encontró probadas las excepciones propuestas por las Curadoras *Ad Litem*, en representación de la demandada y de los herederos indeterminados del causante, negando las pretensiones de la demanda y condenando en costas a la parte demandante.

Para adoptar estas determinaciones, primero se refirió al tema de la unión marital de hecho y sobre el punto valoró que a través de las pruebas recaudadas, especialmente los testimonios, se pudo constatar que *"si hubo una unión marital de hecho entre ALDG y el extinto F(sic) HLP, la misma (sic) existió con posterioridad al año 2007, y en el mejor de los casos, luego al año 2006"*, y no desde 2004 como lo afirma la demandante, *"pero esa relación NO FUE SINGULAR ya que no se probó que el señor FHLP hubiese sostenido tal relación de manera singular con la demandante, y por el contrario, de los medios de prueba allegados, en especial a los testimonios de la señora MLP entre otras, se conoce que el causante mantenía comunicación con su cónyuge, respecto de quien, le manifestó a su hermana M, no la había abandonado y que le ayudaba, como se aprecia a folio 17 del cuaderno de pruebas de oficio, lo que pone en evidencia que esa relación entre el causante y la actora no se caracterizó precisamente por su singularidad, requisito que legalmente se exige para que se conforme una unión marital de hecho y produzca efectos patrimoniales y personales si se cumplen los requisitos exigidos por la ley 541 de 1990"*.

Posteriormente abordó lo concerniente a la existencia de una sociedad patrimonial de hecho entre los pretensos compañeros permanentes, señalando que, no obstante la razón antes reseñada es suficiente para desestimar tal pretensión, no es posible una declaración en ese sentido porque, además, a través de la prueba decretada de oficio, se pudo recaudar copia auténtica del registro civil de matrimonio celebrado entre FHLP y MCJC, el 17 de septiembre de 2005, en la Notaría Primera de Pasto, documento público sobre el cual no aparece ninguna nota marginal de inscripción de divorcio y/o liquidación (sic) de la sociedad conyugal, lo que de suyo trae que el vínculo matrimonial entre la demandada y el causante se encontraba vigente hasta el día 4 de julio de 2010, fecha en la cual se produjo el fallecimiento del señor LP, *"lo que en últimas determina que, en estas circunstancias, la demandante ciertamente carece de legitimación en la causa activa"*, para reclamar la presencia de una sociedad patrimonial de hecho.

Por otra parte, ordenó la compulsación de copias de algunas piezas procesales ante la Fiscalía General de la Nación y la

Sala Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Nariño, a fin de que investiguen la comisión de algunas faltas de orden penal y disciplinario, comoquiera que los señores ESLY y MJPDEL señalaron en la contestación de la demanda y en el escrito de alegatos de conclusión haber sido coaccionados por la demandante con el asesoramiento de su apoderada, a firmar un documento transaccional.

DEL RECURSO DE APELACIÓN. Actuando dentro de término, la parte demandante apeló la sentencia de primer grado, recurso que fue concedido en el efecto suspensivo por el a quo y admitido por la presente instancia.

En el interregno que le fuera concedido, la apelante solicita que se revoque la providencia impugnada, pues es claro que entre la señora ALDG y el causante FHL, existió una unión marital de hecho, la cual fue continua y permanente, por un periodo de 6 años hasta el día del fallecimiento de este último.

A modo de sustentación del recurso, luego de reseñar aspectos legales, doctrinarios y jurisprudenciales concernientes a la figura de la unión marital de hecho, señala que no es de recibo los argumentos contenidos en la sentencia recurrida, pues el *a quo* dio prevalencia a los testimonios del padre y hermana del causante, sin tener en cuenta los testimonios aportados por la demandante, los cuales dejan ver claramente la convivencia pacífica y tranquila entre los compañeros permanentes DG y LP, cumpliendo así a cabalidad los requisitos para que sea declarada la unión marital de hecho.

De igual forma, expresa que la separación de cuerpos entre el causante y la señora MJ fue por más de 5 años, tal y como se demuestra con las pruebas testimoniales allegadas al trámite, pues la mencionada separación se produjo desde el momento en que ellos se casaron, debido a que el motivo que los llevo a contraer matrimonio fue diferente al deseo de formar una familia y vivir juntos, de pocrear y auxiliarse mutuamente como lo consagra el art. 113 del C. C., por lo que concluye que dicha separación de los esposos y la muerte de LP, *"TRAJO COMO CONSECUENCIA JURÍDICA LA DISOLUCIÓN DE LA CITADA SOCIEDAD CONYUGAL y finiquitó la sociedad conyugal que existía entre ellos, razón fundamental para que sea declarada la unión marital de hecho, entre mi mandante y el causante FHL, por cuanto mi mandante sí tiene legitimación para que sea declarada la Unión Marital de Hecho"*.² A lo expuesto añade que es admisible jurídicamente el hecho de que la separación de cuerpos por más de dos años, disuelve la sociedad conyugal.

A manera de conclusión replica que la muerte de LP, trajo como consecuencia jurídica la disolución de la sociedad conyugal que existía entre él y MJ, por lo que es procedente la declaración de la unión marital de hecho invocada en la demanda por parte de ALD.

Expone que no es requisito de la unión marital de hecho que los compañeros permanentes, carezcan de vínculo matrimonial anterior, o que si lo tienen, hayan disuelto y liquidado la sociedad conyugal, puesto que éstos son requisitos de la presunción de la sociedad patrimonial, mas no de la unión marital de hecho.

Finalmente, en cuanto a la orden impartida por el *a quo* relacionada con la compulsas de copias, refiere la apoderada de la parte demandante que no es verdad lo que afirma la procuradora judicial de los demandados, pues jamás intervino en el acuerdo realizado entre la señora ALD y los señores padres del causante, ya que en lo único que les colaboró fue en la elaboración de dicho documento, el cual fue modificado y firmado por las personas antes mencionadas. Aclara que fue la parte demandada quien citó a audiencia de conciliación a la actora, y a la cual la abogada asistió por pedimento de su poderdante, en donde se suscribió el acuerdo que ya habían plasmado en el contrato de transacción de manera voluntaria, sin que hubiese coacción alguna, pues se debe tener en cuenta que en ninguno de los testimonios recibidos, se afirma que existió amenazas por cualquiera de las partes.

Reseñados los aspectos relevantes de la *litis*, se procede a resolver lo que en derecho corresponda, previas las siguientes,

² Fl. 12, Cdo 5.

II. CONSIDERACIONES

DE LA SANIDAD PROCESAL. No se advierte que en la tramitación del proceso se haya incurrido en una causal de nulidad insanable, o una de aquellas que deban ser puestas en conocimiento de las partes.

DE LOS PRESUPUESTOS PROCESALES.- Concurren a plenitud en el presente caso, veamos: tenía el *a quo* competencia para avocar conocimiento en primera instancia, en virtud de la naturaleza (art. 26 parág. 1º de la Ley 446 de 1998) y el domicilio de los demandados (art. 23 num. 3º del C. de P. C.), mientras que esta Corporación tiene competencia funcional para desatar el recurso de alzada interpuesto (literal a) num. 1º art. 26 C. de P. C.).

De otro lado, la demandante y los demandados son personas naturales, mayores de edad, sobre quienes no pesa decreto de interdicción judicial, o al menos ello no se controvierte, por lo que tienen capacidad para ser parte y comparecer al proceso. Además, encontramos que éstas fueron asistidas por profesionales del Derecho de su escogencia y por *Curadores Ad Litem*. Finalmente, se observa que la demanda presentada se allanó a cumplir con las mínimas exigencias que permiten decidir de fondo el asunto.

DE LA LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA.- La legitimación, “... según lo ha enseñado la Corte,... no es un presupuesto del proceso sino cuestión atinente a la titularidad del derecho de acción o contradicción. En otros términos, se dice que sólo está legitimado en la causa la persona que tiene el derecho que reclama, y como demandado, quien es llamado a responder, por ser, según la ley, el titular de la obligación correlativa...” (Cas. Civ. 22 de febrero 1971, G. J. t. CXXXVIII, p. 131; G. J. CLXXXVIII, p. 218)” (Casación del 4 de febrero de 1991).

Para sectores reconocidos de la doctrina, “[a]l estudiar este tema se trata de saber cuándo el demandante tiene derecho a que se resuelva sobre las determinadas pretensiones contenidas en la demanda y cuando el demandado es la persona frente a la cual debe pronunciarse esa decisión, y si el demandante y demandado son las únicas personas que deben estar presentes en el juicio para que la discusión sobre la existencia del derecho material o relación jurídica material pueda ser resuelta, o si por el contrario existen otras, que no figuran como demandante ni demandado.” (Ver Hernando Devis Echandía. *Tratado de derecho procesal Civil*, Tomo I. Editorial Temis Bogotá. 1961. Pág. 489).

DE LA UNIÓN MARITAL DE HECHO Y LA SOCIEDAD PATRIMONIAL ENTRE COMPAÑEROS PERMANENTES.

La Ley 54 de 1990 se erigió en Colombia como la respuesta a la realidad social concerniente al creciente número de parejas que, por su situación personal o su propia decisión, se encontraban haciendo una comunidad vida, pero sin el vínculo formal del matrimonio, lo cual implicaba en los integrantes de esas uniones, incluyendo a los hijos que la conforman, un situación de inseguridad en materia de derechos.

En ese sentido, el artículo 1º de la citada norma, entró a determinar a partir de su vigencia que la relación conformada voluntariamente por dos personas que entre sí no se encuentran casados, con una comunidad de vida permanente y singular con notoriedad de este hecho se denominaría “*unión marital de hecho*”, y que a sus integrantes se los llamaría “*compañeros permanentes*”.

A partir de lo expuesto y con apoyo en la doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia, podemos decir que son tres los presupuestos necesarios para que se configure una unión marital de hecho, estos son: [i] *la voluntad por parte de un hombre y una mujer –en el contexto de la ley 54 de 1990-, de querer conformar, el uno con el otro, una comunidad de vida, y, por ende, dar origen a una familia;* [ii] *que dicho proyecto común se realice exclusivamente entre ellos, de tal manera que no existan otras uniones de alguno o de ambos con otras personas, que ostenten las mismas características o persigan similares finalidades;* y [iii] *que tal designio y su concreción en la convivencia se prolonguen en el tiempo.*”³

Es decir, la unión habrá estar caracterizada por una **cohabitación** (vivir bajo un mismo techo), una **singularidad** (relación monogámica, únicamente entre los dos) y una **permanencia** (estable, continua, constante, ininterrumpida) de los compañeros.

³ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA Sala de Casación Civil, sentencia de 12 de diciembre de 2011, M.P. Dr. Arturo Solarte Rodríguez, expediente N° 11001-3110-022-2003-01261-01

Ahora bien, la Ley no solo se ocupó de dar vida jurídica al concepto de la unión marital de hecho, sino que también se encargó de establecer un régimen económico al que los compañeros permanentes quedarían sometidos, creando para el efecto la figura de la *"sociedad patrimonial entre compañeros permanentes"*, con la que buscó que *"[e]l patrimonio o capital producto del trabajo, ayuda y socorro mutuos pertenece por partes iguales"*⁴ a la pareja que conforma la unión marital de hecho. No obstante, el legislador determinó que la configuración de tal institución patrimonial estaba condicionada a la verificación de unos presupuestos, establecidos en la misma Ley 54 de 1990. Al respecto, el art. 2° de dicha Ley, modificado por el art. 1 de la Ley 979 de 2005, establece:

"Se presume sociedad patrimonial entre compañeros permanentes y hay lugar a declararla judicialmente en los siguientes casos:

a) Cuando exista unión marital de hecho durante un lapso no inferior a dos años, entre un hombre y una mujer⁵ sin impedimento para contraer matrimonio;

*b) Cuando exista una unión marital de hecho por un lapso no inferior a dos años e impedimento legal para contraer matrimonio por parte de uno o ambos compañeros permanentes, siempre y cuando la sociedad o sociedades conyugales anteriores hayan sido disueltas y liquidadas por lo menos un año antes de la fecha en que se inició la unión marital de hecho"*⁶

DEL CASO CONCRETO. Como se encuentra plasmado en los antecedentes de esta providencia, el Juez de primera instancia desestimó la pretensión encaminada a que se reconociera la unión marital de hecho afirmada en la demanda, en la insatisfacción de unos de los requisitos contemplados en el artículo 1° de la Ley 54 de 1990 para su declaración, esto es, la presencia de singularidad en la unión, pues a pesar de que halló probado que FHLP sostuvo una relación de pareja con ALDG con permanencia en el tiempo, consideró ausente aquél presupuesto, porque el causante continuó manteniendo comunicación con su cónyuge, sin que la hubiese abandonado, sino que siguió ayudándola. Y por contera, lo anterior dio paso a desestimar la presunción de una sociedad patrimonial entre compañeros permanentes. Mas sin embargo, robusteció tal decisión bajo el hecho de que el vínculo matrimonial entre la demandada MJ y el de *cujus*, se encontró vigente mientras perduró la convivencia, hasta el día 4 de julio de 2010, día del fallecimiento del señor LP, lo cual contraviene las exigencias consignadas en el art. 2° de la mencionada Ley 54 de 1990 para presumir la exigencia de tal sociedad.

De otra parte, encontramos que la censura discrepa de la sentencia de primera instancia, porque en ella no se valoró que el hecho de la disolución de la sociedad conyugal, debido a la separación de los cónyuges por más de dos años y la muerte del esposo, dio lugar a la existencia de una unión marital de hecho. Al lado de lo señalado, sostiene que el *a quo* no tuvo en cuenta los testimonios aportados por la demandante, los cuales dejan ver claramente la convivencia pacífica y tranquila entre los compañeros permanentes DG y LP, cumpliendo así a cabalidad los requisitos para que sea declarada la unión marital de hecho.

Estima la Sala importante resaltar lo anterior, porque, con base en ello, es necesario hacer preliminarmente, y antes de concretar el punto de discusión que concita esta instancia, claridad sobre cierto aspecto que se ha prestado para confusión a la hora de la parte apelante sustentar el recurso de alzada.

Siendo así, surge ostensible que la recurrente se equivoca al señalar que la disolución de la sociedad conyugal preexistente da lugar a la unión marital de hecho, porque la declaración de esta unión no puede surgir de la satisfacción de los requisitos contemplados en el artículo 2° de la Ley 54 de 1990, norma que concierne a la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes, sino de los establecidos en el art. 1° ídem.

Nótese que de las consideraciones realizadas inicialmente sobre las figuras jurídicas de la unión marital de hecho y la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes, se puede fácilmente avizorar **la autonomía** con la que cada una de ellas cuenta, comoquiera que *"cada una disciplina aspectos diversos de la familia constituida por lazos meramente naturales y responde a distintos requisitos: a) La unión marital de hecho, concierne con la vida en*

⁴ Art. 3° de la Ley 54 de 1990

⁵ Téngase en cuenta la observación efectuada en nota precedente.

⁶ La expresión *"y liquidadas"* fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-700 de 2013

común de los compañeros permanentes y exige para su configuración la decisión consciente de la pareja de unirse para conformar una familia y de que, como consecuencia de esa determinación, convivan en una relación singular y permanente. b) La sociedad patrimonial irradia sus efectos solamente en el plano económico y deriva, en primer lugar, de la existencia de una unión marital de hecho y, en segundo término, de que como consecuencia del trabajo, ayuda y socorro mutuos de los compañeros permanentes, se haya consolidado un 'patrimonio o capital' común".

Y al ahondar sobre las diferencias entre la unión marital de hecho y la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes, el Alto Tribunal agregó que *"[l]a sociedad patrimonial entre compañeros permanentes, a que refiere el artículo 2° de la misma Ley 54 de 1990, si bien depende de que exista la 'unión marital de hecho', corresponde a una figura con entidad propia que puede o no surgir como consecuencia de la anterior, desde su inicio o durante su vigencia, siempre y cuando se cumplan los demás presupuestos que señala la norma"* (Cas. Civ., sentencia de 15 de noviembre de 2012, expediente No. 7300131100022008-00322-01)"⁸.

Si ello es así, entonces yerra la recurrente cuando considera la existencia de la unión marital de hecho a partir del cumplimiento de los requisitos para la presunción de la sociedad patrimonial, pues la presencia de la primera no depende de la configuración de la segunda para surgir, como sí sucede en orden contrario, tal cual quedó explicado en los apartes arriba citados y acorde a los cuales la sociedad patrimonial sí está ligada a la formación de una unión marital de hecho, pudiendo aquella nacer o no como consecuencia de esta, desde su inicio o durante su vigencia.

Aclarado en esos términos, seguidamente debemos dejar sentado que el a quo en ningún momento basó su negativa de declarar la unión marital de hecho reclamada en aspectos concernientes al incumplimiento de los presupuestos legalmente exigidos para la presunción de una sociedad patrimonial. Lo que llevó al funcionario a arribar a tal determinación fue que a su criterio, en la relación predicada entre demandante y causante estaba ausente la singularidad, requisito legal que, en efecto, es necesario satisfacer para lograr una declaración en el sentido perseguido.

Bajo esa línea de consideraciones y atendiendo los motivos de inconformidad con el fallo de primera instancia, expuestos por la recurrente al sustentar la apelación, dentro de los cuales, de todos modos, está el reclamo del cumplimiento a cabalidad los requisitos necesarios para que sea declarada la unión marital de hecho, es pertinente fijar a continuación las cuestiones que deben ser resueltas en esta instancia.

Siendo de esa forma, preliminarmente la Sala precisa establecer si en el caso bajo estudio las pruebas recaudadas permiten colegir que la relación surgida entre ALDG y el causante gozó de **singularidad**. De ser así, se entenderá configurada la unión marital de hecho demandada y se procederá a estudiar lo tocante a la presunción de la sociedad patrimonial entre los compañeros permanentes; de lo contrario, se entrará a confirmar la sentencia de primera instancia.

Ahora, para hacer un eventual pronunciamiento positivo frente a la presunción de la existencia de la sociedad patrimonial entre compañeros, debemos dilucidar si es posible aceptar que la requerida disolución de la sociedad conyugal preexistente entre MCJC y FHLP pudo haberse dado por la separación de cuerpos y de hecho de los esposos. Y con ese mismo propósito, decantaremos si es dable predicar que el presupuesto de disolución contemplado en el art. 2° de la Ley 54 de 1990 se cumplió en el caso bajo estudio a partir de la muerte del señor LP.

Entrando en materia y con miras a esclarecer el primer planteamiento, encontramos frente al tema de la singularidad, que esta, *"entendida en el mencionado sentido de exclusividad o ausencia de pluralidad, es un requisito que debe concurrir para el surgimiento de una unión marital de hecho, pues sólo ante su presencia, resultaría viable deducir de la convivencia de los compañeros, que en cada uno de ellos, en verdad, existió la recíproca voluntad de fundar una familia, con todo lo que ello supone, según ya quedó explicado, y que, por consiguiente, la comunidad de vida que conformaron, sí es constitutiva de la institución en comento, cuyo reconocimiento dependerá, además, de que los integrantes de dicha relación la hayan preservado y continuado en el tiempo"*⁹.

⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de septiembre 11 de 2013, Exp. 23001311000220010001101, M.P. Arturo Solarte Rodríguez.

⁸ Ídem.

⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de diciembre 12 de 2011, Exp. 2003-01261-01, M.P. Arturo Solarte Rodríguez.

Rememoramos que el *a quo* concluyó que si bien el causante sostuvo una relación sentimental con la demandante, distinguida por la cohabitación y la permanencia, este no rompió en forma definitiva su vínculo de cónyuge con la demandada MCJC, es decir, aquella unión no fue singular, conclusión a la que llegó apoyándose en elementos probatorios tales como el interrogatorio de parte absuelto por la demandante y los padres del señor LP, la prueba documental consistente en las escrituras públicas 1960 de 23 de agosto de 2007 y 1926 de 24 de agosto de 2010, ambas corridas en la Notaría Primera del Círculo de Pasto, y, especialmente en la declaración de la señora MLP.

Pues bien, analizada por esta Sala de Decisión la prueba a la que se hace atrás referencia, debe decir la Corporación que, *contrario sensu* de lo concluido en primera instancia, esta no permite avizorar con suficiencia que la relación familiar suscitada entre ALDG y FHLP, reconocida de todos modos por el *a quo*, haya sido carente del presupuesto de la singularidad.

Para el Tribunal, en primer lugar, la declaración rendida por MLP, no ofrece elementos de juicio capaces de llevarnos a concluir que LP haya mantenido simultáneamente con su esposa una relación en similares condiciones a la que sostuvo con ALDG es decir, caracterizada por la cohabitación, porque las declaraciones recogidas en el trámite, incluida la de la mentada, no dan cuenta que el causante, con posterioridad a haber empezado a convivir con la demandante (año 2006), paralelamente haya habitado bajo el mismo techo con la señora J. Por el contrario, la testigo calcula que su hermano vivió con la demanda hasta el 2007. Al respecto la declarante señaló textualmente: *"Mi hermano trabajó en el [S]ur de Bolívar 3 años, es decir en 2004, 2005 y 2006, yo lo (sic) llamaba a M y yo sabía que él vivía con AL, yo llamaba a mi hermano y me contestaba M, eso fue en los años 2004, 2005 y 2006, pero siguió conviviendo con M porque él se enteró de la enfermedad; conviviendo con M creo que hasta el año 2007, no recuerdo, el mes. Después ya convivía con esta muchacha AL, como 3 años, ella vivió sola en mi casa, un año porque mi hermano se fue a Yopal, mi hermano llegaba a mi casa y compartía con ella, ella, AL, él me dijo te la dejo a Ada, la miras, no sé en calidad de qu[é], no pagaba arriendo yo no le iba a cobrar a mi hermano, con él nos apreciábamos mucho y me dijo yo voy a venir unos 3 meses, le acomodamos una cocina pero ella no cocinaba, ella había dicho que fue mal recibida, yo sabía que la trajo mi hermano y ahí se quedó"* (fl. 17 a 19 Con. 3).

Entonces, es claro que la esposa del causante no convivió con él, porque mientras LP se radicó en Pasto junto a su compañera permanente, aquella tenía fijado su domicilio y residencia en el Sur de Bolívar, lo que demuestra indefectiblemente que con esta persona no hubo voluntad o intención de mantener una *"comunidad de vida"*, amén de que no surge de su comportamiento el elemento volitivo que nos deje entender nítidamente que la intención de los esposos continuó siendo el mantener la unión familiar.

La Corte Suprema entiende que *"la expresión 'comunidad de vida' implica de suyo la comunidad permanente en un proyecto de vida, no episodios pasajeros, sino la praxis vital común. Si la comunidad de vida es entre dos, por exigencia de la misma ley, y si esa comunidad es de 'la vida', no se trata de compartir fragmentariamente la vida profesional, la vida sexual, la vida social, la vida íntima, ni siquiera de la vida familiar, sino de compartir toda 'la vida', concepto de suyo tan absorbente que por sí solo excluiría que alguien pueda compartir 'toda la vida' con más de una pareja"* (Cas. Civ., sentencia del 5 de septiembre de 2005, expediente No. 47555-3184-001-1999-0150-01, se subraya)¹⁰.

Luego, si en el presente caso no se puede predicar la presencia de tal circunstancia entre los esposos, este vínculo no puede desplazar al existente entre los compañeros permanentes.

El *a quo* afincó su decisión en el dicho de la testigo, según el cual, *"el causante mantenía comunicación con su cónyuge, respecto de quien, le manifestó a su hermana M, no la había abandonado y que le ayudaba"*, aspectos que para la Sala de Decisión no son lo suficientemente contundentes como para anunciar por ello que había una multiplicidad de relaciones.

En ese sentido, vemos que la testigo indicó: *"Mi hermano si se comunicaba con M, le mandaba dulces y permanentemente se comunicaba, M me pidió una crema Ponds (sic) que no conseguí por allá, F me dijo que es que*

¹⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de diciembre 12 de 2011, Exp. 2003-01261-01, M.P. Arturo Solarte Rodríguez.

quiere y se comunicó con ella, se le reía por el color de piel de ella y él fue y la compró y se la mandamos esa crema, cuando le mandamos la mercancía, ella M llamó y preguntó cuánto costaba la crema y le dije que esa crema se la había mandado F y ella dijo que lo iba a llamar para agradecerle”.

En efecto, no es admisible que únicamente con fundamento en circunstancias como las advertidas, esto es, el obsequiar dulces y una crema cosmética o el haber mantenido comunicación, se llegue a aseverar que no hubo rompimiento de la comunidad de vida conyugal, sin advertir las connotaciones que este rótulo implica, pero sí desvirtuar que no hubo singularidad en la relación de la pareja L- D, pese a la aceptación que la propia testigo hace de una convivencia bajo el mismo techo durante siete años, que su hermano le pidió que cuidara de su compañera mientras él se ausentaba y que la demandante participó en decisiones tan relevantes como la escogencia de un inmueble para ser habitado por los compañeros.

Aunado a lo expuesto, puede predicarse que el testimonio se aprecia parcializado, porque teniendo en cuenta que eventualmente podría declararse una sociedad patrimonial entre los compañeros permanentes, el haber herencial que corresponde a sus padres como sus únicos herederos podría verse menguado. Hipótesis que se fortalece cuando se aprecia que, según el dicho de la declarante, no existe una buena relación entre la familia del causante y la demandada a raíz de lo suscitado tras la muerte de LP¹¹. Por tal razón, para esta judicatura tampoco el argumento apreciado por el *a quo*, referente a que la reseñada testigo anunció que el *de cujus* le manifestó que la demandante no tenía derecho a nada y que debía sacarla de su casa, no es válido para haber negado la declaración de la unión marital.

En segundo lugar, los interrogatorios de parte rendidos por MJPDEL y ESLY, no pueden ser valorados en forma tal forma que terminen fabricando una prueba que beneficie a los propios demandados, máxime las circunstancias arriba descritas.

Y en tercer lugar, el señor Juez de primera instancia valoró erróneamente el alcance probatorio que entregaban las escrituras públicas, ya que de ellas pudo avizorar una pluralidad de relaciones, cuando el hecho de que los documentos señalen que el causante y la demandada estaban casados solo refleja una situación jurídica formal, mas estos documentos no pueden por sí solos y alejados de los demás medios de convicción, demostrar que los cónyuges en realidad formaban una familia.

Cabe señalar además que ciertamente el Juez de primera instancia no valoró el testimonio rendido por GAE, quien después de advertir la relación estrecha de amistad que lo unía con el causante desde 1989, al haber sido compañeros de trabajo en el Ejército Nacional y luego socios, lo cual, dicho sea de paso, hace la declaración del testigo creíble, señaló que LP en alguna oportunidad le pidió una asesoría sobre la anulación de un matrimonio civil, que había contraído con una señora de mayor edad, de la cual no recordó el nombre, quien vive en el Sur de Bolívar, con el fin de legalizar el subsidio familiar otorgado en su trabajo; refiriéndose a lo señalado, el causante también le comentó que tomó la decisión de casarse con aquella persona debido a que estaba próximo a retirarse del Ejército Nacional y no podía perder una prestación económica, pero que lo que realmente hizo fue un acuerdo con ella, pues el causante le entregó un dinero para contraer nupcias por lo civil, con el propósito de presentar documentos ante la institución castrense para obtener el subsidio, matrimonio que comenta el declarante, LP no alcanzó a anular o disolver con el divorcio. Dicho que denota la ausencia de un vínculo afectivo entre los esposos y que permite concluir la falta de intención de formar una comunidad de vida entre ellos.

En ese orden de ideas, con base en el estudio integral del acervo probatorio, se encuentra acreditado el presupuesto axiológico de singularidad que sin discusión alguna faltaba por comprobar para apreciar la configuración de la unión marital de hecho entre la demandante y FHLP, razón por la que la sentencia de primera instancia será revocada en este aspecto, declarando la existencia de aquella desde el mes de abril de 2005 hasta el 4 de julio de 2010, fecha del fallecimiento del compañero.

Estando así las cosas, a su vez lo anterior nos da paso para examinar la inconformidad con respecto a la no declaratoria de la sociedad patrimonial de hecho.

¹¹ Ver folio 20 del cuaderno número 3.

Habíamos dicho que para hacer un pronunciamiento positivo frente a la presunción de la existencia de la sociedad patrimonial entre compañeros, debíamos dilucidar si es posible aceptar que la requerida disolución de la sociedad conyugal preexistente entre MCJC y FHLP pudo haberse dado por la separación de cuerpos y de hecho de los esposos.

Ante tal argumento, la Sala no puede manifestar su aceptación, porque sencillamente, acorde con el art. 1820 del C. C., la circunstancia que pone de soporte la censura para buscar el quiebre de la decisión, no es causal para disolver la sociedad conyugal, veamos:

ARTICULO 1820. CAUSALES DE DISOLUCIÓN DE LA SOCIEDAD CONYUGAL. Modificado por el art. 25, Ley 1 de 1976. El nuevo texto es el siguiente: La sociedad conyugal se disuelve:

- 1.) Por la disolución del matrimonio.*
- 2.) Por la separación judicial de cuerpos, salvo que fundándose en el mutuo consentimiento de los cónyuges y siendo temporal, ellos manifiesten su voluntad de mantenerla.*
- 3.) Por la sentencia de separación de bienes.*
- 4.) Por la declaración de nulidad del matrimonio, salvo en el caso de que la nulidad haya sido declarada con fundamento en lo dispuesto por el numeral 12 del artículo 140 de este Código. En este evento, no se forma sociedad conyugal, y*
- 5.) Por mutuo acuerdo de los cónyuges capaces, elevado a escritura pública, en cuyo cuerpo se incorporará el inventario de bienes y deudas sociales y su liquidación.*

No está de más aclarar que aparte de tales eventos legales no existen otros con la capacidad de disolver la sociedad formada por los esposos, como lo explica la jurisprudencia del Tribunal de Cierre en materia civil al sostener: *“El régimen de la sociedad gobierna las relaciones económicas patrimoniales de los casados mientras la sociedad esté vigente, **mientras no se disuelva por la ocurrencia de alguno de los motivos que la ley taxativamente ha erigido en causas de disolución de la sociedad conyugal**”*¹² (subraya y negrilla fuera de texto).

No desconoce la Sala que transcurridos dos años de separación judicial o de hecho de los cónyuges se configura la causal octava de divorcio y de contera, decretado este, de disolución de la sociedad conyugal, pero una situación es que la causal exista y otra bien distinta que, en todo caso, en el proceso pertinente cualquiera de los cónyuges la haga valer y el juez de familia decrete el divorcio; a creer como parece entenderlo la alzada que por la separación de hecho o judicial de cuerpos por el solo transcurso de tiempo mínimo de dos años opera o se produce *ipso iure* el divorcio y/o la disolución de la sociedad conyugal que el matrimonio trajo consigo.

Ahora, aunque ciertamente la muerte de uno de los cónyuges desintegra el vínculo matrimonial - lo que sí es causal de disolución de la sociedad conyugal -, la tesis elaborada por la parte apelante, por demás exótica, según la cual, el deceso del señor LP hace que se cumpla el presupuesto de disolución contemplado en el art. 2° de la Ley 54 de 1990 necesario para la declaración de la sociedad patrimonial reclamada, no resulta aceptable, pues, aunque para el conteo del término mínimo de dos años a efectos de la aplicación de la presunción de su existencia ya reseñada, no es necesario esperar el transcurso del año señalado en la norma en mención, según lo ha entendido la Corte Suprema de Justicia¹³, la simple lógica nos muestra que a partir del fallecimiento del mentado (momento en que se disuelve la sociedad conyugal) ya no es posible empezar a contabilizar el lapso requerido de la convivencia entre quienes fueron compañeros permanentes, porque la cohabitación ya no se presenta.

¹² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de agosto 1 de 1979.

¹³ “Sentado ya que la condición de partida aplicable en este preciso caso es que la sociedad conyugal se halle disuelta, según la jurisprudencia que se ha citado, es imposible negar que la disolución tiene un carácter instantáneo, claramente distinguible en un momento determinado, es decir por virtud de un solo acto la sociedad conyugal pasa el umbral que separa la existencia de la disolución. Y si ello es así, no hay lugar para indagar qué función puede cumplir algún plazo de espera antes de iniciar una nueva convivencia”. Sentencia de 4 de septiembre de 2006, Exp. 1998-00696-01, M.P. Edgardo Villamil Portilla.

Entonces, vertidos esos razonamientos, es claro que la pretensión alegada no puede abrirse paso en esta instancia, por cuanto, los argumentos presentados por la parte recurrente no encuentran un soporte jurídico que los justifique y que conlleve a esta Corporación a concluir cosa contraria a la decidida por el señor Juez en primera instancia. En ese sentido habrá que confirmarse la inexistencia de legitimación en la causa por pasiva para deprecar la presencia de una sociedad patrimonial entre los compañeros permanentes.

De otro lado y en cuanto a la inconformidad de la recurrente sobre la orden impartida por el a quo en el numeral sexto de la sentencia de compulsar copias ante la Sala Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Nariño y la Fiscalía General de la Nación, para que se investigue la posible ocurrencia de faltas del orden disciplinario y penal por parte de la apoderada demandante y la actora, resulta necesario aclarar que la discusión aquí traslada no es del resorte de esta segunda instancia, ya que, en primer lugar, siendo deber de todo funcionario público *“denunciar los delitos, contravenciones y faltas disciplinarias de los cuales tuviere conocimiento”*¹⁴, esta Sala no tiene facultades para modificar esa decisión, porque si el juez de primera instancia pudo considerar a su juicio la posible comisión de un delito o una falta disciplinaria, cualquier pronunciamiento proveniente de esta judicatura al respecto, conllevaría a coartar el deber legal de denunciar, el que, entiende la doctrina constitucional, *“es un acto debido en cuanto involucra el ejercicio de un deber jurídico (Art. 95.7 CP) del cual es titular la persona o el servidor público que tuviere conocimiento de la comisión de un delito que deba investigarse de oficio”*¹⁵ (subraya fuera de texto); y en segundo lugar, porque los argumentos para modificar la orden del a quo apuntan a establecer una ausencia de responsabilidad, circunstancia que no puede ser zanjada en este escenario ya que este Tribunal no es el estamento competente para juzgar asuntos del tipo planteado, sino las entidades antes mencionadas, por lo que no resulta censurable la determinación atacada.

Finalmente, teniendo en cuenta que las pretensiones de la demandante prosperan parcialmente, en la medida que la sentencia de primera instancia será confirmada en lo atinente a la no declaración de la sociedad patrimonial deprecada, sin suceder lo mismo frente a la negativa de la declaración de la unión marital de hecho, resulta menester revocar la decisión tomada frente a la condena en costas, basándonos en lo señalado por el numeral 5 del art. 392 del C. de P. C., por lo que hay lugar a reconocer estas parcialmente a su favor en un monto del cincuenta por ciento 50% a cargo de los demandados, advirtiéndose que por la reforma que al num. 2º de dicho canon le introdujo el art. 19 de la Ley 1395 de 2010, se procederá a fijar el valor de las agencias en derecho en este mismo fallo. Para su tasación, habrá de seguirse lo dispuesto en el art. 6º num. 1.1 – parágrafo primero - del Acuerdo 1887 de 2003 proferido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, para los procesos de familia en los que las pretensiones carezcan de cuantía y, en tal sentido, se fijarán las agencias en derecho de segunda instancia en la suma DOS (2) SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES.

De otra parte, no se condenará a la parte demandada a pagar las costas de esta instancia, en cuanto no se causaron, acorde a lo señalado el numeral 9 del art. 392 del C. de P. C.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, **EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PASTO, EN SALA DE DECISIÓN CIVIL FAMILIA**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO.- REVOCAR los ordinales primero, segundo, tercero y cuarto de la sentencia proferida por el señor **JUEZ TERCERO DE FAMILIA DEL CIRCUITO DE PASTO** dentro del proceso ordinario de la referencia, instaurado por la señora **ALDG**, contra **MCJC**, **MJPDEL** y **ESLY**, y en su lugar disponer:

¹⁴ Art. 34, num. 24 de la Ley 734 de 2002 (Código único Disciplinario).

¹⁵ Corte Constitucional, sentencia C-1177 de 2005.

"PRIMERO.- DECLARAR configurada una unión marital de hecho entre los compañeros permanentes ALDG y el extinto FHLP, desde el mes de abril de 2005 hasta el 4 de julio de 2010

"SEGUNDO.- ORDENAR el registro de la declaración de existencia de unión marital de hecho entre los arriba nombrados en sus respectivos registros civiles de nacimiento, acorde a lo estipulado en los arts 5 y 22 del Decreto 1260 de 1970. Oficiese a la dependencia de la Registraduría Nacional del Estado Civil encargada de lo pertinente.

"TERCERO.- DECLARAR probada la excepción de mérito denominada "FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA" frente a la pretensión de declaración de una sociedad patrimonial de hecho entre los mentados compañeros permanentes.

"CUARTO.- CONDENAR a la parte demandada al pago del cincuenta por ciento (50%) de las costas procesales a favor de la demandante. Al momento de que la secretaría del Juzgado elabore la liquidación de costas causadas, tener como agencias en derecho DOS (2) SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES."

SEGUNDO.- CONFIRMAR los demás ordinales de la sentencia apelada.

TERCERO.- SIN LUGAR a condenar a la parte demandada a pagar las costas de segunda instancia, por cuanto no se causaron.

CUARTO.- DEVOLVER el expediente oportunamente al Juzgado de origen, previas las anotaciones de rigor.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

AIDA MÓNICA ROSETO GARCÍA

Magistrada

FRANKLIN TORRES CABRERA

Magistrado

Jubilado, sin que la H. C. S. de J. haya nombrado aún su reemplazo

FABIO RAÚL LÓPEZ CHAVES

Magistrado

Sala Laboral



***Doctores: Claudia Cecilia Toro Ramírez, Juan Carlos Muñoz (Presidente Sala),
Clara Inés López Dávila.***

COMPATIBILIDAD DE LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN Y LA DE VEJEZ AL EFECTUAR COTIZACIONES EN CALIDAD DE TRABAJADOR DEL SECTOR PÚBLICO Y PRIVADO – Al ser las cotizaciones simultáneas, la compatibilidad no procede – Improcedencia del reconocimiento de la compatibilidad de la pensión de jubilación establecida en la Ley 33 de 1985 por servicios prestados por el demandante al sector público y la pensión de vejez dada su vinculación a entidades particulares, al existir simultaneidad en las cotizaciones, no siendo factible que la entidad aseguradora, por la misma contingencia y por el mismo período de cotización, reconozca dos pensiones; además por la imposibilidad de distribuir las cotizaciones obligatorias entre los dos regímenes del sistema general de pensiones o entre dos administradoras del mismo régimen; debiendo por tanto, tales cotizaciones acumularse en una sola entidad administradora para efectos de aumentar el ingreso base de cotización y el monto de la mesada pensional./

**República de Colombia
RAMA JUDICIAL**

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PASTO
SALA LABORAL**

**ORALIDAD
LEY 1149 DE 2007**

Magistrada Ponente: Claudia Cecilia Toro Ramirez

PROCESO: Ordinario Laboral No. 2012-00420-01

En San Juan de Pasto, a los cinco (5) días del mes de febrero de dos mil dieciséis (2016), los señores Magistrados integrantes de la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, doctores **CLAUDIA CECILIA TORO RAMIREZ, JUAN CARLOS MUÑOZ y CLARA INES LÓPEZ DÁVILA** como integrantes de la Sala de Decisión, en asocio del Secretario, nos constituimos en **AUDIENCIA PÚBLICA** dentro del proceso **ORDINARIO LABORAL DE PRIMERA INSTANCIA** instaurado por el señor **JEZM** contra **COLPENSIONES**, radicado bajo el número 52001310500320120004201.

Se habilita el tiempo para realizar la audiencia después de las 12:00 m.

A continuación procede la Sala a dictar la siguiente,

SENTENCIA

El señor JEZM, mayor de edad y vecino de esta ciudad, mediante apoderada judicial presentó demanda ordinaria laboral de primera instancia en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, representada legalmente por el Dr. PEDRO NEL OSPINA o por quien haga sus veces.

Señala el demandante que laboró como médico especialista de medio tiempo al servicio del INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES en la Clínica Maridíaz, teniendo la calidad de funcionario de la seguridad social y trabajador oficial y con la ESE ANTONIO NARIÑO, la calidad de empleado público.

Que realizó aportes al ISS por más de 20 años y a partir del 1º de marzo de 2006, renunció a su cargo de la Unidad Hospitalaria Clínica Maridíaz, pues mediante la Resolución No. 440 del 9 de marzo de 2006, la ESE ANTONIO NARIÑO le reconoció la pensión de jubilación equivalente al 75% del promedio percibido en el último año de servicios a partir del 1º de marzo de 2006, por valor de \$1'730.219.

Indica que la pensión fue pagada directamente por la ESE ANTONIO NARIÑO hasta el año 2008 y a partir del año

2009, como consecuencia del proceso de liquidación de la entidad, el pago de la mesada pensional lo continuó haciendo el ISS.

Por otra parte, señala que simultáneamente a su trabajo en el ISS y posteriormente en la ESE ANTONIO NARIÑO, estuvo vinculado con la CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR DE NARIÑO y EL HOSPITAL INFANTIL LOS ÁNGELES, entidades particulares por más de 20 años y haciendo cotizaciones al ISS como trabajador particular, cotizando 1762,91 semanas, por lo que el 12 de febrero de 2010, solicitó al ISS el reconocimiento y pago de la pensión de vejez por sus servicios particulares.

Que el 27 de julio de 2010 el ISS mediante Resolución No. 02233 de 2010 le reconoció la pensión de vejez compartiendo y subrogando la cuantía de la pensión de jubilación desde el 9 de septiembre de 2010 en cuantía de \$3'195.781, tomando como Ingreso Base de Liquidación la suma de \$3'550.868, aplicando una tasa de reemplazo del 90% con base en 1503 semanas.

Que interpuso recurso de reposición y en subsidio el de apelación contra la mencionada Resolución, resolviendo el recurso de reposición mediante la Resolución No. 3194 del 18 de noviembre de 2011, confirmando la decisión sin ser aun resuelto el recurso de apelación configurándose así el silencio administrativo negativo.

Que continúa percibiendo el valor de la pensión de jubilación que le reconociera la ESE ANTONIO NARIÑO, sin incremento alguno en su cuantía, pese al valor que afirma el ISS, le reconoció por concepto de pensión de vejez. Por último, manifiesta que la pensión de vejez debe ser reconocida conforme a lo señalado en el régimen de transición, es decir que se le debe aplicar el acuerdo 049 de 1990.

PRETENSIONES.

Solicita el demandante se condene a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES – a reconocer y pagar la pensión de vejez como trabajador particular a partir del 1º de septiembre de 2010, por haber cumplido el requisito de edad y haber cotizado más de 1250 semanas en monto máximo del 90% del promedio devengado en las últimas 100 semanas debidamente indexado; ordenar a la entidad demandada su inclusión en nómina; reconocer y pagar los reajustes periódicos de las mesadas pensionales, reconocer y pagar las mesadas adicionales causadas hasta la fecha y; reconocer y pagar la indemnización de los perjuicios materiales y morales causados al modificar su pensión de jubilación y por no reconocer la pensión de vejez a que tiene derecho.

TRÁMITE IMPARTIDO

La demanda le correspondió por reparto al Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pasto, autoridad que mediante auto de fecha 06 de noviembre de 2012 la admitió y ordenó la notificación al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES EN LIQUIDACIÓN y al Agente del Ministerio Público.

Por auto del 07 de marzo de 2013, el juzgado de conocimiento ordenó tener como dirección de notificación la de LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, en vista de la supresión del INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES – ISS.

La entidad demandada presentó respuesta a la demanda el 3 de mayo de 2013, documento que fue desestimado por el a quo mediante auto de fecha 11 de junio de 2013, en razón a su presentación extemporánea.

Una vez agotadas las etapas procesales el A quo profirió sentencia el 28 de noviembre de 2013, decisión que fue apelada por el demandante, siendo enviado a esta instancia para decidir el recurso interpuesto, sin embargo, al advertir esta Corporación que no se había realizado la notificación de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado en debida forma, declaró la nulidad desde la sentencia, conservando la validez de las actuaciones procesales que fueron practicadas antes de la misma, respecto de quienes tuvieron la oportunidad de controvertirlas.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

En obediencia a lo indicado por esta Corporación, la jueza de primera instancia dispuso la notificación de

la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y surtida esta, profirió sentencia el 12 de agosto de 2015, declarando que el señor JEZM tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez a cargo del INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES EN LIQUIDACION como ente asegurador, hoy ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, como sucesor procesal en un monto igual a \$4'411.859 para el año 2015, derecho que reconoció a partir del 1º de septiembre de 2010, por acreditar los requisitos de edad y semanas cotizadas previstos en el acuerdo 049 de 1990 y desde cuando se acredite el retiro del servicio activo; condenó a la entidad demandada a pagar la suma de \$258'350.273 por concepto de mesadas pensionales causadas entre el 1º de septiembre de 2010 y el 30 de agosto de 2015, la condenó en costas y la absolvió de las demás pretensiones.

Para tomar la anterior decisión la a-quo señaló que se encuentra acreditada la vinculación del demandante con el ISS y posteriormente con la ESE ANTONIO NARIÑO, así como también su relación laboral con el HOSPITAL INFANTIL LOS ÁNGELES y CONFAMILIAR NARIÑO.

Que acreditó igualmente los aportes a seguridad social, tanto con las empresas públicas como con las privadas. Respecto de la compatibilidad de la pensión de jubilación otorgada por la ESE ANTONIO NARIÑO y la pensión de vejez que ahora solicita el actor, señaló que la pensión de jubilación otorgada por la entidad pública es de carácter legal, luego tiene los efectos inherentes a una pensión de naturaleza pública, mientras que la pensión de vejez que se solicita es de naturaleza privada, siendo compatibles, pues los servicios personales que se prestaron por parte del actor obedecen al Estado y a particulares.

Indica que efectivamente las dos pensiones deben ser compatibles y no compartidas como lo dijo el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES en la Resolución No. 02233 de 2010, pues no se puede hablar de subrogación pensional cuando se tratan de dos pensiones que provienen de dos fondos totalmente diferentes, pues la una es de origen legal y la otra corresponde a la obtenida por el cumplimiento de los requisitos por haber prestado sus servicios a entidades privadas y de los aportes que por esos servicios realizó al ISS.

Que la pensión de jubilación reconocida tuvo su origen en el tiempo laborado a favor del ISS como trabajador de la Seguridad Social y la de vejez hace referencia únicamente al reconocimiento del tiempo privado. De otra parte, señala que el ISS no podría modificar la pensión que ya había sido reconocida, pues con ello vulneró los derechos adquiridos del demandante.

Así mismo, indicó que el actor tenía derecho al régimen de transición por cuanto al entrar en vigencia la Ley 100 de 1993 contaba con 44 años de edad, por tanto se le debe aplicar el acuerdo 049 de 1990.

Respecto al monto de la pensión conforme al artículo 36 en concordancia con el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, el total de semanas cotizadas por el actor supera las 1250 y por tanto el juzgado realizó el cálculo comparativo de las liquidaciones teniendo en cuenta el promedio de los últimos diez años y de los ingresos de toda la vida laboral, resultándole más favorable los de toda la vida, razón por la cual la pensión se debe liquidar con un IBL de \$3'918.278, aplicando una tasa de reemplazo del 90%, dando como resultado una mesada pensional por valor de \$3'526.451 y como el ISS no pagó la pensión en el valor correspondiente debe ahora pagar el retroactivo desde el 1º de septiembre de 2010 hasta el 30 de agosto de 2015.

Respecto de los perjuicios morales y materiales solicitados en la demanda señaló, que no se evidencia que exista una angustia o impacto psicológico en el demandante, pues el mismo conserva todas sus capacidades para prestar sus servicios como profesional de la medicina, por lo cual no existen perjuicios materiales ni morales ocasionados por la entidad demandada.

Inconforme con la decisión de primera instancia, la apoderada del demandante interpuso el recurso de apelación. Por otra parte, teniendo en cuenta que las pretensiones fueron adversas a la entidad, el a quo ordenó enviarla a esta instancia en grado jurisdiccional de consulta.

OBJETO Y FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN.

La apoderada judicial del demandante, manifestó que no está de acuerdo con que la liquidación se haya realizado con base en 13 mesadas, pues independientemente de que se haya producido por el ISS la errada compatibilidad

de la pensión se ha decidido por el Juzgado que las pensiones de jubilación y de vejez son pensiones de carácter compatible, lo que determina que la pensión de vejez debe hacerse con independencia de la de jubilación, de manera que esta se consolidó cuando su representado cumplió el requisito de la edad, es decir el 9 de enero de 2010, data para la cual no le sería aplicable la modificación en cuanto al número de mesadas que trajo el Acto Legislativo 01 de 2005, que en sus párrafos transitorios señalan que para quienes alcanzaron los requisitos antes del 31 de julio de 2010, se mantendrá el número de mesadas como se venía liquidando con antelación, lo que quiere decir que el actor tiene derecho a las 14 mesadas.

TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el trámite en segunda instancia y al no observar causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a examinar la sentencia objeto del grado jurisdiccional de consulta y del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante para determinar si la decisión adoptada está o no acorde a derecho, previas las siguientes:

CONSIDERACIONES.

PROBLEMAS JURÍDICOS

En el presente asunto, los problemas jurídicos a dilucidar se contraen a determinar los siguientes tópicos: **i)** *Verificar si el demandante cumple con los requisitos para acceder a la pensión de vejez y si tiene derecho a que se le aplique el régimen de transición, en caso afirmativo la Sala determinará: ii)* *Si la pensión de jubilación establecida en la Ley 33 de 1985 por servicios prestados al Estado durante más de 20 años resulta compatible con la pensión de vejez que es la reclamada en este proceso; para finalmente determinar iii)* *Si el actor tiene derecho a las 14 mesadas solicitadas con la apelación.*

SOLUCIÓN DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS

DE LOS REQUISITOS DE LA PENSIÓN DE VEJEZ Y EL RÉGIMEN DE TRANSICIÓN.

El artículo 36 de la Ley 100 de 1993, consagra un régimen de transición¹, siendo el Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año, el régimen anterior para los afiliados al régimen de prima media con prestación definida, 1990, normatividad que en su artículo 12 contempla los requisitos para acceder a la pensión de vejez.²

Verificada la prueba documental que reposa en autos se tiene que de acuerdo con el folio del registro civil de nacimiento que obra a folio 16, el señor ZM nació el 9 de enero de 1950, por lo que para el 1° de abril de 1994, fecha en que entró en vigencia el sistema pensional previsto en la Ley 100 de 1993, el citado contaba con 44 años de edad y cumplió sus 60 años, el 9 enero de 2010.

¹ "La edad para acceder a la pensión de vejez, continuará en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta (60) para los hombres, hasta el año 2014, fecha en la cual la edad se incrementará en dos años, es decir, será de 57 años para las mujeres y 62 para los hombres.

La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente Ley.

Quienes a la fecha de vigencia de la presente Ley hubiesen cumplido los requisitos para acceder a la pensión de jubilación o de vejez, conforme a normas favorables anteriores, aun cuando no se hubiese efectuado el reconocimiento, tendrán derecho, en desarrollo de los derechos adquiridos, a que se les reconozca y liquide la pensión en las condiciones de favorabilidad vigentes, al momento en que cumplieron tales requisitos".

² "REQUISITOS DE LA PENSIÓN POR VEJEZ. Tendrán derecho a la pensión de vejez las personas que reúnan los siguientes requisitos:

a) Sesenta (60) o más años de edad si se es varón o cincuenta y cinco (55) o más años de edad, si se es mujer y,

b) Un mínimo de quinientas (500) semanas de cotización pagadas durante los últimos veinte (20) años anteriores al cumplimiento de las edades mínimas, o haber acreditado un número de un mil (1.000) semanas de cotización, sufragadas en cualquier tiempo."

Respecto a la densidad de semanas, el citado señor cotizó un número superior a las 1500 semanas provenientes de los empleadores privados, CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR y HOSPITAL INFANTIL LOS ÁNGELES, específicamente 1503; es decir, que supera ampliamente las 1000 semanas en cualquier tiempo exigidas por la norma en cita para adquirir el derecho reclamado, tal como en su momento lo consideró el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, al emitir la Resolución No. 002233 del 27 de julio de 2010 - folio 39.

DE LA COMPATIBILIDAD DE LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN OTORGADA POR UN EMPLEADOR PÚBLICO Y LA PENSION DE VEJEZ POR HABER COTIZADO AL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN PENSIONES CON EMPLEADORES PARTICULARES.

Cuando el empleador viene reconociendo a su trabajador una pensión de jubilación, aquella es compartida, con base en que éste se encuentre registrado en el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES y continúe cotizando hasta el cumplimiento de los requisitos legales, momento el cual la entidad de seguridad social procederá a cubrir la respectiva pensión y le corresponderá al empleador continuar sufragando el mayor valor si lo hubiere. Esta figura es conocida como compatibilidad, que es diferente a la compatibilidad a través de la cual en un mismo afiliado pueden concurrir dos pensiones.

Respecto de este tema, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia emitió pronunciamiento en Sentencia del 17 de julio de 2013 con radicado 36.936, M. P. Rigoberto Echeverry Bueno.³

De la misma manera el Consejo de Estado, apoyado en la doctrina con fundamento en que los recursos administrados por el Instituto de Seguros Sociales no provienen del tesoro público, se pronunció al respecto en sentencia del 20 de enero de 2000, Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Radicación 1086-99.⁴

Tras lo anterior, se debe concluir que la pensión de vejez reconocida por el Instituto de Seguros Sociales, que encuentra su fuente en los reglamentos de dicha institución y se causa por las cotizaciones allí efectuadas, es compatible con la pensión de jubilación que se funda en la Ley 33 de 1985 y se deriva de tiempos de servicio al Estado, diferentes a los tenidos en cuenta para reconocer la pensión de vejez, siendo ello así por cuanto las dos prestaciones, tienen reglamentación, causas y fuentes de financiación distintas.

³ *"En efecto, aunque esta Sala de la Corte ha sido especialmente enfática en sostener que, en principio, dentro de la estructura y principios del Sistema Integral de Seguridad Social no resulta posible que una persona perciba más de una pensión, por cuanto existe una tendencia a lograr unidad y universalidad en el aseguramiento de los riesgos, lo cierto es que tal regla ha sido aplicada en situaciones en las que la incompatibilidad está prevista expresamente en la Ley o en aquellas en las cuales resulta razonable definirlo, porque, por ejemplo, las dos prestaciones se fundamentan en un mismo tiempo de servicio. (Ver en tal sentido la sentencia del 23 de junio de 2006, Rad. 27489).*

En ese orden de ideas, en hipótesis como la que aquí se analiza, en donde la pensión de vejez es reconocida con base en los reglamentos del Instituto de Seguros Sociales, como el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990, y por tiempos de servicio privado, a la vez que la pensión de jubilación se fundamenta en la Ley 33 de 1985, por tiempos de servicio al Estado, diferentes a los de la pensión de vejez, la Sala ha concluido que las dos prestaciones resultan compatibles. Esa orientación puede verse reflejada en sentencias como la del 27 de enero de 1995, Rad. 7109, en la que se dijo:

"Con base en todas las reflexiones que se han dejado expuestas, se tiene que en el sub-exámine, estamos en presencia de dos pensiones completamente diferentes, la que recibe el demandante de la Caja Nacional de Previsión Social y la que reclama ahora del Seguro Social, las que igualmente tienen un origen o concepto distinto, pues la una obedece a servicios prestados al Estado Colombiano y la que reclama del I.S.S. es por haber prestado servicios laborales a otra entidad, cotizando a dicho ente para el riesgo de vejez y los fondos con los que se pagan esas pensiones, son igualmente opuestos, todo lo cual hace que las dos pensiones sean compatibles.

Igualmente, debe anotarse que ésta Sala de la Corte se ha pronunciado en asuntos, en los cuales se ha expresado que no existe incompatibilidad de carácter institucional entre la pensión de jubilación reconocida por una entidad oficial con la sustitución pensional o pensión de viudez otorgada por la misma u otra entidad oficial, lo cual también puede predicarse cuando el Instituto de Seguros Sociales reconoce una pensión de sobrevivientes a favor de la viuda y por otra parte otorga directamente a la trabajadora la pensión de vejez originada en un riesgo diferente, por la prestación de sus propios servicios. Entre otras, pueden citarse, la del 21 de mayo de 1991; 3 de marzo de 1994; 2 de noviembre de 1994 y 24 de enero de 1995."

⁴ *"(...) es innegable que la pensión de retiro por vejez reconocida, puede ser compatible con la que el Instituto de los Seguros Sociales reconozca o pueda reconocer, en virtud de que a la primera se hizo acreedor el demandante por una previsión especial de la ley, y la segunda proviene de cotizaciones hechas al Seguro."*

Luego, revisado el caso concreto encuentra la Sala que es un hecho indiscutido que el actor recibe de la ESE ANTONIO NARIÑO una pensión de jubilación desde el 1º de marzo de 2006, otorgada por medio de la Resolución No. 0440 del 09 de marzo de 2006 como servidor público, con fundamento en la Ley 33 de 1985, pues el citado prestó sus servicios al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES SECCIONAL NARIÑO del 1º de junio de 1988 al 25 de junio de 2003 y en forma discontinua por nombramientos provisionales 1.673 días y posteriormente fue incorporado automáticamente y sin solución de continuidad a la EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO ANTONIO NARIÑO el 26 de junio de 2003, donde laboró hasta el mes de febrero de 2006, por lo que reunió más de 20 años de servicios al Estado.

De la historia laboral del demandante, documento que reposa entre folios 30 a 38 del expediente, se tiene que el citado efectuó cotizaciones al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES dada su vinculación a entidades particulares y al mismo tiempo como servidor público por jornada de cuatro horas, reportando aportes por cuenta de las entidades privadas, esto es de la CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR DE NARIÑO y el HOSPITAL INFANTIL LOS ÁNGELES, desde el 24 de junio de 1980 al 31 de enero de 2010 y por cuenta de I.S.S. empleador desde el 7 de julio de 1980 hasta el 30 de junio de 2010, cotizando como trabajador particular un total de 1482,39 semanas y 1286,17 semanas como servidor público. Sin embargo, efectuando una revisión pormenorizada de las semanas cotizadas por el actor, conforme al cuadro que se dispondrá glosar al expediente, para que haga parte del acta de esta audiencia, se tiene que los únicos períodos en que no existe simultaneidad en las cotizaciones son los comprendidos entre el 1º de junio al 1º de agosto de 1988, es decir por 8,71 semanas; del 1º de octubre al 30 de noviembre de 2008, 8,57 semanas y del 1º de febrero al 30 de junio de 2010, esto es, 21,45 semanas, para un total de 38,73 semanas que sumadas a las 1482,39 cotizadas en el sector privado dan como resultado 1521,12 semanas de cotizaciones.

De acuerdo con lo anterior observa la Sala, que el demandante ostentó dos tipos de vinculación laboral, una como servidor público del INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES y la ESE ANTONIO NARIÑO y otra como trabajador privado al servicio de la CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR DE NARIÑO y HOSPITAL INFANTIL LOS ANGELES; por la primera situación el ente empleador le reconoció al actor la pensión de jubilación por haber cumplido el tiempo de servicios y la edad requerida en calidad de empleador, teniendo en cuenta para ello una jornada de 4 horas como médico especialista, pues así lo consagró en la Resolución 0440 de 2006, cuya copia reposa entre folios 21 a 25 del expediente.

Igualmente, se observa que el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES en su calidad de empleador, no obstante el reconocimiento de la pensión de jubilación, siguió realizando aportes al I.S.S. en su función de asegurador por los riesgos de IVM para ser subrogado en la obligación pensional a su cargo como empleador.

Paralelamente a lo anterior, el demandante al ostentar una vinculación laboral en el sector privado, realizó cotizaciones al I.S.S. asegurador para los riesgos de invalidez, vejez y muerte con el objeto de acceder a una pensión de vejez.

Ahora bien, la cotización durante toda la vida laboral está destinada a obtener una pensión como contraprestación al tiempo de servicio y/o cotizaciones realizadas, cuando el trabajador alcance la edad requerida por la ley, sin que pueda obligarse a la entidad aseguradora que por la misma contingencia y por el mismo período de cotización reconozca dos pensiones fundamentadas en dos diferentes regímenes de transición, como se pretende en la demanda, ello de conformidad a las previsiones del Decreto 692 de 1994, por medio del cual se reglamenta parcialmente la ley 100 de 1993, en su artículo 20, parágrafo segundo.⁵

En efecto, en el presente asunto el accionante efectuó cotizaciones al sistema general de pensiones con base en los salarios que devengó, tanto como trabajador del sector privado como del público; sin embargo, según lo estipula la norma en mención, estas cotizaciones se deben acumular en una sola entidad administradora para efectos de aumentar el ingreso base de cotización y, por ende el monto de la mesada pensional, sin que sea admisible el reconocimiento de dos pensiones.

⁵ "Parágrafo 2o. Los afiliados sólo podrán cotizar a una administradora, aunque preste (sic) servicios a varios empleadores o sea a la vez trabajador dependiente e independiente.

En aquellos casos en que el afiliado perciba salario de dos o más empleadores, las cotizaciones correspondientes serán efectuadas en forma proporcional al salario devengado de cada uno de ellos, y dichos salarios se acumularán para efectos del monto de la pensión".

La temática que nos ocupa ha sido objeto de estudio por parte de la Superintendencia Delegada para entidades Administradoras de Pensiones y Cesantías, entidad que mediante concepto No. 1997053384-1 del 13 de enero de 1999, señaló la imposibilidad de distribuir las cotizaciones obligatorias entre los dos regímenes del sistema general de pensiones o entre dos administradoras del mismo régimen.⁶

Siendo ello así y teniendo en cuenta que el actor se encuentra afiliado al régimen de prima media con prestación definida y amparado por el régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993, en los dos regímenes, el de la Ley 33 de 1985 y el del Acuerdo 049 de 1990 y que al momento en que cumplió los requisitos para pensionarse se encontraba vinculado al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES como administradora del régimen de prima media con prestación definida, era el interesado quien al adelantar la solicitud de reconocimiento pensional, debía señalar la normatividad a la que quería acogerse, teniendo en cuenta lo más favorable a su condición, circunstancia que no se verificó en el asunto bajo estudio, puesto que el señor ZM solicitó el reconocimiento de dos pensiones con base en los regímenes antes mencionados, petición a la que en atención a los postulados normativos atrás señalados, no es posible acceder.

Corolario de lo anterior, el señor JEZM puede solicitar a la entidad accionada la reliquidación de su pensión, atendiendo a la normatividad que más le convenga acumulando el ingreso base de cotización del sector público y privado, para obtener una sola pensión que resulte económicamente superior a la que le fue reconocida por el entonces INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, pudiendo optar por el régimen de transición que le resulte más favorable, pero sin que le sea dable disfrutarlos en forma compartida, circunstancia que no es posible analizar por parte de la Sala, toda vez que ello constituiría fallar por fuera de lo pedido, lo que está vedado para los Tribunales conforme a las previsiones del artículo 50 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

De acuerdo a lo expuesto, habrá de revocarse la decisión de primera instancia contenida en la sentencia de fecha 12 de agosto de 2015, proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pasto, para en su lugar absolver a la accionada de las pretensiones del actor, sin que sea del caso entrar a analizar el punto de apelación de la parte actora por sustracción de materia.

COSTAS

En consideración al resultado de la segunda instancia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 3º del Acuerdo No. 1887 de 2003 expedido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, no se impondrán costas, debiendo las de primera instancia correr a cargo del demandante, siendo pertinente fijar como agencias en derecho el equivalente a la quinta parte de un salario mínimo legal mensual vigente, esto es, la suma de \$137.891,00.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PASTO, Sala de Decisión Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

⁶ "2.3 Según lo dispuesto en el artículo 1o. del Decreto 813 de 1994, el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 es aplicable a las pensiones de vejez tanto de los trabajadores del sector privado como del sector público, esto es, que dicho beneficio se aplica de igual forma para todos los afiliados al régimen de prima media con prestación definida que se encuentren en los supuestos del citado artículo 36.

2.4 En razón a la imposibilidad de distribuir las cotizaciones obligatorias entre los dos Regímenes del Sistema General de Pensiones o entre 2 administradoras del mismo régimen, las cotizaciones simultáneas en calidad de trabajador del sector público y privado, incluidos los beneficiarios del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, se deben acumular en una sola entidad administradora para efectos de aumentar el ingreso base de cotización y, por ende, el monto de la pensión.

Con fundamento en las conclusiones antes anotadas y en aplicación del principio de favorabilidad contenido en la Constitución Política de Colombia, este Despacho considera que, en la medida en que el trabajador sólo puede estar afiliado a uno de los regímenes que operan el sistema y, que además, únicamente puede efectuar aportes a una administradora, en primera instancia dicho afiliado debe decidir en cuál de las entidades administradoras acumula las cotizaciones correspondientes, las que se deben efectuar en forma proporcional al salario devengado de cada uno de los empleadores.

Ahora bien, si una vez acumulados los aportes provenientes de dos o más relaciones laborales subsiste la dualidad de regímenes de transición aplicables, situación que sólo se presentaría si el trabajador se encuentra vinculado a una administradora del régimen de prima media con prestación definida, deberá dicho afiliado señalar, al momento de solicitar la correspondiente prestación, la normatividad a la que desea acogerse por considerarla más favorable a sus intereses, la cual se aplicará en la parte pertinente, esto es, en cuanto a la edad para acceder a la pensión, el monto de la misma y el tiempo de servicio o número de semanas cotizadas."

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR en su integridad la sentencia proferida el 12 de agosto de 2015 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pasto, objeto de apelación y consulta, para en su lugar absolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES de los cargos formulados en su contra por el señor JEZM de conformidad con lo indicado en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR en costas en primera instancia al demandante, debiendo fijar como agencias en derecho la suma de \$137.891,00, equivalente a la quinta parte de un salario mínimo legal mensual vigente.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

CUARTO: GLOSAR al expediente para que haga parte integrante del acta de esta audiencia el cuadro que contiene la contabilización de semanas cotizadas por el actor tanto al sector público como al privado.

La anterior providencia fue discutida y aprobada en sesión de esta fecha según Acta No. 021 y se notifica a las partes por ESTRADOS.

Se declara surtida la presente audiencia y en constancia se firma por los intervinientes, CLAUDIA CECILIA TORO RAMÍREZ como Magistrada Ponente, JUAN CARLOS MUÑOZ y CLARA INÉS LÓPEZ DÁVILA, integrantes de la Sala de Decisión Laboral y JAMES RODRIGUEZ ROSERO Secretario Sala Laboral.

DISCRIMINACIÓN DE SEMANAS COTIZADAS POR EL ACTOR EN EL SECTOR PÚBLICO Y PRIVADO**INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES**

DESDE	HASTA	SEMANAS
07/07/1980	01/09/1980	8,14
13/04/1982	31/07/1982	15,71
01/08/1982	28/02/1983	30,29
01/03/1983	31/03/1984	56,71
01/04/1984	31/05/1984	8,71
01/06/1984	30/06/1984	4,29
01/08/1984	31/10/1984	13,14
01/11/1984	31/08/1985	43,43
01/11/1985	31/10/1986	52,14
01/06/1988	01/08/1988	8,71
02/08/1988	30/09/1988	8,72
01/10/1988	31/12/1994	326,14
01/01/1995	31/01/1995	4,29
01/02/1995	28/02/1995	4,29
01/03/1995	31/03/1995	4,29
01/04/1995	30/04/1995	4,29
01/05/1995	31/05/1995	4,29
01/06/1995	30/06/1995	4,29
01/07/1995	31/07/1995	4,29
01/08/1995	31/08/1995	4,29
01/09/1995	31/09/1995	4,29
01/10/1995	30/10/1995	4,29
01/11/1995	31/11/1995	4,29
01/12/1995	31/12/1995	4,29
01/01/1996	31/01/1996	4,29

HOSPITAL - COMFAMILIAR

DESDE	HASTA	SEMANAS
24/06/1980	01/02/1985	240,43
01/07/1980	17/05/1988	170,42
02/08/1988	31/12/1994	326,14
01/01/1995	31/01/1995	4,29
01/02/1995	28/02/1995	4,29
01/03/1995	31/03/1995	4,29
01/04/1995	30/04/1995	4,29
01/05/1995	31/05/1995	4,29
01/06/1995	30/06/1995	4,29
01/07/1995	31/07/1995	4,29
01/08/1995	31/08/1995	4,29
01/09/1995	31/09/1995	4,29
01/10/1995	30/10/1995	4,29
01/11/1995	31/11/1995	4,29
01/12/1995	31/12/1995	4,29
01/01/1996	31/01/1996	4,29
01/02/1996	28/02/1996	4,29
01/03/1996	31/03/1996	4,29
01/04/1996	30/04/1996	4,29
01/05/1996	31/05/1996	4,29
01/06/1996	30/06/1996	4,29
01/07/1996	31/07/1996	4,29
01/08/1996	31/08/1996	4,29
01/09/1996	30/09/1996	4,29
01/10/1996	31/10/1996	4,29

01/02/1996	28/02/1996	4,29
01/03/1996	31/03/1996	4,29
01/04/1996	30/04/1996	4,29
01/05/1996	31/05/1996	4,29
01/06/1996	30/06/1996	4,29
01/07/1996	31/07/1996	4,29
01/08/1996	31/10/1996	12,86
01/11/1996	30/11/1996	4,29
01/12/1996	31/12/1996	4,29
01/01/1997	31/01/1997	4,29
01/02/1997	28/02/1997	4,29
01/03/1997	31/03/1997	4,29
01/04/1997	30/04/1997	4,29
01/05/1997	30/06/1997	8,57
01/07/1997	31/07/1997	4,29
01/08/1997	31/08/1997	4,29
01/09/1997	30/11/1997	12,86
01/12/1997	31/01/1998	8,57
01/02/1998	28/02/1998	4,29
01/03/1998	31/03/1998	4,29
01/04/1998	30/04/1998	4,29
01/05/1998	31/05/1998	4,29
01/06/1998	30/06/1998	4,29
01/07/1998	31/07/1998	4,29
01/08/1998	31/10/1998	12,86
01/11/1998	30/11/1998	4,29
01/12/1998	31/12/1998	4,29
01/01/1999	31/01/1999	4,29
01/02/1999	28/02/1999	4,29
01/03/1999	31/03/1999	4,29
01/04/1999	30/04/1999	4,29
01/05/1999	31/05/1999	1,86
01/01/2000	31/01/2000	4,14
01/02/2000	29/02/2000	2
01/03/2000	31/03/2000	4
01/04/2000	30/04/2000	2
01/05/2000	31/05/2000	2
01/06/2000	30/06/2000	4,29
01/08/2000	31/08/2000	2
01/09/2000	30/09/2000	1,86
01/10/2000	31/10/2000	4,29
01/12/2000	31/01/2001	8,29
01/02/2001	31/03/2001	8,29
01/04/2001	30/04/2001	4,29
01/05/2001	31/10/2001	24,71
01/11/2001	30/11/2001	4,14
01/12/2001	31/12/2001	4,29
01/01/2002	31/01/2002	4,29
01/02/2002	31/07/2002	25,71
01/08/2002	31/08/2002	4,29
01/09/2002	30/09/2002	4,29

01/11/1996	30/11/1996	4,29
01/12/1996	31/12/1996	4,29
01/01/1997	31/01/1997	4,29
01/02/1997	28/02/1997	4,29
01/03/1997	31/03/1997	4,29
01/04/1997	30/04/1997	4,29
01/05/1997	10/05/1997	4,29
01/06/1997	30/06/1997	4,29
01/07/1997	31/07/1997	4,29
01/08/1997	31/08/1997	4,29
01/09/1997	30/09/1997	4,29
01/10/1997	31/10/1997	4,29
01/11/1997	30/11/1997	4,29
01/12/1997	31/12/1997	4,29
01/01/1998	31/01/1998	4,29
01/02/1998	28/02/1998	4,29
01/03/1998	31/03/1998	4,29
01/04/1998	30/04/1998	4,29
01/05/1998	31/05/1998	4,29
01/06/1998	30/06/1998	4,29
01/07/1998	31/07/1998	4,29
01/08/1998	31/08/1998	4,29
01/09/1998	31/09/1998	4,29
01/10/1998	31/10/1998	4,29
01/11/1998	31/11/1998	4,29
01/12/1998	31/01/1999	8,57
01/02/1999	28/02/1999	4,29
01/03/1999	31/03/1999	4,29
01/04/1999	30/04/1999	4,29
01/05/1999	31/05/1999	4,29
01/06/1999	30/06/1999	4,29
01/07/1999	31/07/1999	4,29
01/08/1999	31/08/1999	4,29
01/09/1999	31/09/1999	4,29
01/10/1999	31/10/1999	4,29
01/11/1999	31/11/1999	4,29
01/12/1999	31/12/1999	4,29
01/01/2000	31/01/2000	4,29
01/02/2000	29/02/2000	4,29
01/03/2000	31/03/2000	4,29
01/04/2000	30/04/2000	4,29
01/05/2000	31/05/2000	4,29
01/06/2000	30/06/2000	4,29
01/07/2000	31/07/2000	4,29
01/08/2000	31/08/2000	4,29
01/09/2000	30/09/2000	4,29
01/10/2000	31/10/2000	4,29
01/11/2000	31/12/2000	8,57
01/01/2001	31/01/2001	4,29
01/02/2001	30/04/2001	12,86
01/05/2001	31/07/2001	12,86

01/10/2002	31/10/2002	4,29
01/11/2002	31/11/2002	4,29
01/12/2002	31/12/2002	4,29
01/01/2003	31/01/2003	4,29
01/02/2003	28/02/2003	1,86
01/04/2003	30/04/2003	4,29
01/05/2003	31/05/2003	4,29
01/06/2003	30/06/2003	4,29
01/07/2003	31/07/2003	4,29
01/08/2003	31/08/2003	4,14
01/09/2003	31/10/2003	8,58
01/11/2003	30/11/2003	4,29
01/12/2003	31/12/2003	4,29
01/01/2004	31/01/2004	4,29
01/02/2004	28/02/2004	4,29
01/03/2004	31/03/2004	4,29
01/04/2004	31/05/2004	8,58
01/06/2004	30/06/2004	4,29
01/07/2004	31/07/2004	2,14
01/08/2004	31/08/2004	4,29
01/09/2004	31/10/2004	6,43
01/11/2004	30/11/2004	4,29
01/12/2004	31/01/2005	8,57
01/02/2005	31/03/2005	8,58
05/01/2005	31/05/2005	8,43
01/06/2005	30/06/2005	4,29
01/07/2005	30/09/2005	12,87
01/10/2005	30/11/2005	8,58
01/12/2005	27/02/2006	12,86
01/08/2006	31/12/2006	21,43
01/01/2007	31/12/2007	51,43
01/01/2008	30/09/2008	38,37
01/10/2008	30/11/2008	8,57
01/12/2008	31/12/2008	4,49
01/01/2009	31/12/2009	51,43
01/01/2010	31/01/2010	4,26
01/02/2010	30/06/2010	21,45
TOTAL COTIZACIONES SECTOR PÚBLICO		1286,17
TOTAL SEMANAS COTIZADAS EN EL SECTOR PÚBLICO NO SIMULTANEAS CON SECTOR PRIVADO		38,73

01/08/2001	31/08/2001	4,29
01/09/2001	30/09/2001	4,29
01/10/2001	28/02/2002	17,14
01/03/2002	31/08/2002	21,42
01/09/2002	30/09/2002	4,29
01/10/2002	31/01/2003	12,85
01/02/2003	28/02/2003	4,29
01/03/2003	31/03/2003	4,29
01/04/2003	31/08/2003	21,43
01/09/2003	30/09/2003	4,29
01/10/2003	31/12/2003	12,86
01/01/2004	31/08/2004	30
01/09/2004	30/09/2004	4,29
01/10/2004	31/12/2004	12,86
01/01/2005	31/08/2005	34,29
01/09/2005	30/09/2005	4,29
01/10/2005	31/12/2005	12,86
01/01/2006	31/01/2006	4,29
01/02/2006	31/08/2006	29,29
01/09/2006	30/09/2006	4,29
01/10/2006	30/11/2006	8,57
01/12/2006	31/12/2006	4,29
01/01/2007	31/01/2007	4,29
01/02/2007	31/08/2007	30
01/09/2007	30/09/2007	4,29
01/10/2007	31/10/2007	4,29
01/11/2007	30/11/2007	4,29
01/12/2007	31/12/2007	4,29
01/01/2008	31/08/2008	34,29
01/09/2008	30/09/2008	4,29
01/12/2008	31/12/2009	4,29
01/01/2009	31/08/2009	30
01/09/2009	30/09/2009	4,29
01/10/2009	31/10/2009	4,29
01/11/2009	30/11/2009	4,29
01/12/2009	31/12/2009	4,29
01/01/2010	31/01/2010	4,29
TOTAL COTIZACIONES TRABAJADOR PRIVADO		1482,39
SUMATORIA SEMANAS COTIZADAS COMO TRABAJADOR PRIVADO Y COTIZADAS EN EL SECTOR PÚBLICO NO SIMULTANEAS		1521,12

Semanas cotizadas exclusivamente al I.S.S.

CONTRATO DE TRABAJO - CARGA DE LA PRUEBA: Corresponde al trabajador probar los presupuestos de existencia del contrato de trabajo, no basta la simple afirmación./ **CONTRATO DE TRABAJO - REQUISITOS** – No hay lugar a declarar la existencia de un contrato laboral entre los extremos del contradictorio, siendo que el demandante no logró acreditar que prestó su servicio personal, permanente y subordinado a favor de la demandada; determinándose que entre las partes existió una sociedad, dentro de la cual el actor administraba los rubros y obtenía un provecho monetario y que la acción que dio origen al asunto, surgió como consecuencia de los problemas personales que se suscitaron entre las mismas, quienes sostuvieron una relación sentimental. /

**República de Colombia
RAMA JUDICIAL**

**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE PASTO
SALA LABORAL**

Magistrada Ponente: Dra. Claudia Cecilia Toro Ramírez

Ordinario Laboral No. 2014-00183

En San Juan de Pasto, a los cuatro (4) días del mes de mayo de dos mil dieciséis (2016), siendo el día y la hora señalados previamente, los señores Magistrados integrantes de la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, doctores **CLAUDIA CECILIA TORO RAMÍREZ** en mi calidad de ponente y **JUAN CARLOS MUÑOZ** como integrante de la Sala de Decisión, en asocio del Secretario, nos constituimos en **AUDIENCIA PÚBLICA** dentro del proceso **ORDINARIO LABORAL DE PRIMERA INSTANCIA** instaurado por el señor **ODNC** contra **MSMA**, proceso radicado bajo el número 52356310500120140018301.

A continuación y habida cuenta que no se hicieron presentes los apoderados judiciales de las partes a presentar alegaciones conforme al artículo 82 del CPTSS modificado por el artículo 13 de la Ley 1149 de 2007, se declara precluida dicha oportunidad, procediendo la Sala a emitir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES

El señor ODNC, actuando por intermedio de apoderado judicial, instauró demanda ordinaria laboral de primera instancia en contra de la señora MSMA, para obtener el reconocimiento y pago de salarios y prestaciones sociales adeudados, las indemnizaciones por la no consignación de las cesantías en un fondo y por el no pago de salarios, auxilio de transporte, aportes en seguridad social y costas procesales, fundamentado en la existencia de una relación laboral que se extendió entre 1º de junio de 2012 al 1º de septiembre de 2014, a través de la cual el demandante se desempeñó como asistente en la oficina de abogada de la demandada, ubicada en la..., de la ciudad de Ipiales, cumpliendo un horario de lunes a viernes entre las 8:00 a.m. a 12:00 m y de 2:00 a 6:00 pm., indicando que no le fueron cancelados salarios ni prestaciones sociales y tampoco fue afiliado a un fondo de pensiones y cesantías¹, hechos que fueron negados por la demandada al dar contestación a la acción, argumentando que entre las partes existió una relación sentimental más no laboral. Que con el demandante colocaron una oficina jurídica en la que el señor NC llevaría los clientes, siendo estos en su mayoría amigos o conocidos de aquel y los dineros que ingresaban por cuenta de los procesos eran administrados por el actor. Que como la relación sentimental se tornó conflictiva hasta el punto de llegar a instancias judiciales, ella decidió sacar sus cosas de la oficina y no volver más, pero que el señor OD la empezó a amenazar de muerte. Se opuso a la prosperidad de la

¹ folios 1 a 7 del Cuaderno de Primera Instancia

totalidad de las pretensiones y formuló en su defensa las excepciones de mérito que denominó: “INEXISTENCIA DE LA RELACIÓN LABORAL”, “INEXISTENCIA DE LAS OBLIGACIONES DEMANDADAS”, “COBRO DE LO NO DEBIDO”, “MALA FE”, “ENRIQUECIMIENTO SIN JUSTA CAUSA” e “INNOMINADA”.

DECISIÓN DE PRIMER GRADO.

El proceso se dirimió en primera instancia con sentencia del 8 de septiembre de 2015 emanada del Juzgado Primero Laboral del Circuito de Ipiales, absolviendo a la demandada de todos los cargos formulados en su contra y condenando al actor al pago de costas procesales, al considerar que entre las partes no existió un contrato de trabajo y por lo tanto no hay lugar a pagar los derechos pretendidos; que de acuerdo a las pruebas documentales que se encuentran en el proceso, que no fueron tachadas, las autorizaciones otorgadas por la demandada al señor NC para que revisara y solicitara copias en un juzgado de la ciudad de Ipiales podrían inferir que generó una prestación personal de servicios a favor de la demandada, pero no es posible establecer bajo qué título o modalidad se dio la misma. Que de acuerdo a la prueba recaudada no se puede establecer la existencia del elemento subordinación, pues si bien algunos de los testigos señalaron que la demandada daba órdenes al demandante, tales afirmaciones no ofrecen plena certeza, pues los testigos señalan que iban a la oficina de la demandada entre 3 y 4 veces para obtener información de sus procesos, cuando además de los testimonios se colige la existencia de una colaboración entre las partes del litigio, sin encontrarse estructurados los elementos esenciales del contrato de trabajo, lo que condujo a declarar probada la excepción de inexistencia de la relación laboral propuesta por pasiva.

TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el trámite en segunda instancia y al no observar causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a examinar la sentencia de primera instancia para determinar si la decisión adoptada está o no acorde a derecho, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

PLANTEAMIENTO DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS

Teniendo en cuenta que el presente asunto viene en el grado jurisdiccional de consulta, le corresponde a ésta Sala de Decisión determinar si se encuentra establecida la existencia de la relación laboral y sus extremos cronológicos; y de hallarse probada ésta, estudiar la procedencia del reconocimiento y pago de los derechos reclamados por el actor.

SOLUCIÓN A LOS PROBLEMAS JURÍDICOS PLANTEADOS

EXISTENCIA DE LA RELACIÓN LABORAL

Para que pueda hablarse de la existencia de un contrato de trabajo se requiere que concurren los elementos regulados en el artículo 23 del Código Sustantivo de Trabajo, contenido en los Decretos 2363 y 3740 de 1950², orbitando la presunción legal contenida en el artículo 24 ídem, según la cual “*Se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo*”, la cual fue analizada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 1º de diciembre de 1981 que aún continúa vigente.³

² “1. Para que haya contrato de trabajo se requiere que concurren estos tres elementos esenciales: a. La actividad personal del trabajador, es decir, realizada por sí mismo; b. La continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del patrono, que faculta a éste para exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato, y c. Un salario como retribución del servicio.

2. Una vez reunidos los tres elementos de que trata este artículo, se entiende que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por razón del nombre que se le dé ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen.”

³ “...de acuerdo con reiterada jurisprudencia de esta Sala, demostrada la prestación personal del servicio, obra la presunción en favor de quien lo ejecutó, y le incumbe al patrono demostrar que la relación fue independiente y no subordinada. Acreditado el hecho en que la presunción legal se funda, “queda establecido que ese trabajo fue dependiente o subordinado, mientras la contraparte no demuestre lo contrario”

De lo hasta ahora visto, resulta claro que si bien la relación de trabajo es eminentemente consensual y hay contrato de trabajo cuando se presentan los tres elementos establecidos en el artículo 23 y que además orbita la presunción del artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo, en todo caso quien alega la existencia de un contrato de trabajo, debe probar al menos la prestación personal del servicio y de ese modo se encuentra en una situación de ventaja frente al presunto empleador, que en todo caso, tiene la posibilidad de desvirtuar tal presunción, demostrando que dicha prestación de servicios no fue subordinada sino por el contrario, autónoma e independiente.

ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO

Descendiendo al caso que ahora ocupa la atención de la Sala, se hace necesario determinar si en efecto el señor ODN, realizó actividades personales como asistente de oficina y dependiente ante los juzgados en la oficina de la abogada MSMA ubicada en el edificio ... del Municipio de Ipiales.

En desarrollo del proceso se escucharon en declaración a los señores BLANCA AMPARO BENAVIDES CERÓN, NURY NANCY BENAVIDES, MILENA LUCÍA NARVAEZ, DEISY SILVANIA BURGOS AZAIN, MARIO FERNANDO HENAO LÓPEZ, ILIA JANETH PAREDES PAREDES, DEISY MARCELA CALPA BARAHONA y en interrogatorio de parte al actor, cuyos dichos se pueden resumir así:

La señora BLANCA AMPARO BENAVIDES CERÓN, manifiesta que conoció al demandante porque la Dra. S le tramitó una sucesión notarial que tuvo una duración de 10 meses entre el mes de abril de 2013 y octubre de 2014. Indicó que ellos tenían la oficina hace como dos años donde trabajaban juntos, la mayor parte de las veces encontraba a don D a quien en tres ocasiones vio barriendo, trapeando y limpiando las ventanas. Desconoce si el demandante recibía salario o contraprestación por las actividades que desarrollaba. Que en dos ocasiones escuchó cuando la Dra. S le decía a don D que fuera a la Notaría e incluso en una oportunidad tenían que hablar con el gerente del Banco de Colombia y que él la acompañó porque la doctora le dijo que fuera. Que por el proceso le pagó a la Dra. S, pero los recibos los elaboró el señor NC, quien recibió el dinero.

NURY NANCY BENAVIDES, conoció al señor OD antes de colocar la oficina, porque su sobrina S lo llevó a presentar a la familia. Afirmó que iba siempre a visitar a su sobrina a la oficina y que siempre encontraba al demandante sentado en un escritorio pero no tiene conocimiento que haya sido contratado por la demandada, pero lo que sí sabe es que siempre que le llegaban a pagar los honorarios a la sobrina era el señor D quien se quedaba con ellos. La señora MILENA LUCÍA NARVÁEZ, quien tiene una oficina en el edificio ... y por eso conoció a las partes hace cerca de dos años, señaló que ellos cumplían un horario laboral de 8:00 am a 12:00 m y de 2:00 a 6:00 pm y a veces solo medio tiempo. Que no sabe si tenían algún tipo de relación laboral, pero siempre los veía juntos e incluso le llevaron un caso de alimentos, para lo cual hizo el acuerdo con los dos, quienes estaban presentes en ese momento, negociando el valor de la asesoría con los dos y era D quien le informaba sobre su proceso.

DEISY SILVANIA BURGOS AZAIN, quien conoce al señor D desde hace aproximadamente tres años porque laboró junto con él en la oficina de la Dra. MS por dos meses y medio, entre octubre y diciembre del año 2012, aseguró que los dos fueron sus jefes, le daban órdenes, le decían lo que tenía que hacer y la presentaron en los juzgados para cuando tuviera que revisar los estados. Afirmó que durante el tiempo que estuvo en la oficina de la abogada, las decisiones siempre las tomaban entre esta y el señor D y no se veía diferencia de cuál era el jefe del otro, pues a los clientes los atendían los dos. Que los citados no tenían una hora específica de llegada, siendo la testigo la persona encargada de abrir la oficina porque ellos llegaban un poco tarde.

El señor MARIO FERNANDO HENAO LÓPEZ, manifestó conocer al demandante desde hace más o menos 15 años por ser conocido de la familia. Que fue cliente de la Dra. MS porque ella le llevó un caso aproximadamente en el año 2013, documentación que entregó al demandante, con quien negoció los honorarios, estando presente la abogada ese día y al finalizar el proceso le pagó a OD.

ILIA JANETH PAREDES PAREDES, aseguró que conoció a la Dra. S en una campaña política en el 2011 y en 2012 la contrató para que llevara un proceso de alimentos, indica que la citada tenía una oficina con el demandante en un edificio ubicado en la séptima de la ciudad de Ipiales, donde los veía cuando ella iba. Que cuando la Dra. S le llevó uno de los procesos que era contra su ex cuñada, llegaron a un acuerdo y ésta le firmó una letra y cuando le fue a pagar no encontró a la Dra. S pero el señor D le dijo que le pagara a él porque era él quien tenía la letra.

Desconoce cuánto tiempo tuvieron la oficina y si OD recibía un salario o él trabajaba en otro lugar.

Por último, DEISY MARCELA CALPA BARAHONA, dijo conocer a la Dra. MS desde hace dos años cuando abrió la oficina. Afirmó haber tenido un proceso con ellos, específicamente una demanda laboral. Indicó que no tiene mucho conocimiento si él era trabajador de ella o no y que siempre lo veía en la oficina cuando pasaba a averiguar por su proceso. Dijo que la negociación del proceso que le llevó la Dra. S la hizo con ella pero que el señor OD estaba presente. Señaló que hasta donde ella tenía entendido ellos eran pareja o por lo menos esa era la percepción que tenía, pues una vez que fue a la oficina ellos estaba discutiendo y la Dra. S le pidió al señor OD una explicación sobre un computador que hacía falta y el señor le contestó de manera brusca diciéndole que todo lo que había en la oficina era de él y que prácticamente era él quien la mantenía.

En el interrogatorio de parte que absolvió el demandante, indicó de manera clara que cuando la abogada S se fue de la oficina, a él le quedaron 120 procesos y que no sabía qué hacer. Que además tenían un proceso de sucesión muy bueno en el que iban a ganar mucho dinero pero que debido a que la Dra. MS se fue de la oficina dejando los procesos abandonados, dejaron de ganarse ese dinero después de todo el esfuerzo que habían hecho. Indicó además que siempre del dinero que entraba a la oficina tenía que darle a la demandada para sus gastos de especialización, arreglos de una casa que compró y hasta para comprar celulares pues los botaba cada ocho días.

En suma, de los testimonios analizados se puede concluir que el señor ODNC, no laboró como asistente en la oficina de la Dra. MSMA, ya que de acuerdo a la prueba recaudada, la oficina era manejada por los dos, pues véase que el demandante estaba presente cuando se pactaban honorarios, recibía documentación y los pagos de honorarios por los procesos que tramitaban, sin que ninguno de los testigos indique con claridad las actividades desarrolladas por el citado, pues solo atinan a decir que lo encontraban en la oficina cuando ellos iban, e quien indican hacía parte de los acuerdos que celebraban con la abogada.

Además, no es posible señalar con vehemencia que los servicios que prestaba el señor NC en la oficina eran en favor de la abogada MSMA, pues él mismo, al responder el interrogatorio de parte afirmó que dejaron de percibir ingresos después de tanto trabajo que hicieron juntos, lo que lleva a concluir que entre las partes existió una sociedad de la cual el demandante sacaba un provecho monetario, máxime cuando los testigos afirman haberle pagado a él los honorarios y el citado confesó haber administrado los rubros, al manifestar que tenía que dar dinero a la doctora para gastos diversos.

De otra parte, y en punto a la prueba documental, se puede observar que a folio 52 se encuentra un contrato de prestación de servicios firmado por la señora AMPARO BENAVIDES CERÓN como contratante y el señor ODNC como contratista para que le llevara hasta su terminación *"la liquidación de sucesión y sociedad conyugal"*, pactando como honorarios por ese proceso la suma de \$3'500.000, lo que permite inferir que el señor OD hacía negociaciones y recibía dineros que se pagaban por cuenta de honorarios pactados en la oficina de la abogada demandada, situación que es corroborada por los testigos ILIA JANETH PAREDES PAREDES y MARIO FERNANDO HENAO LÓPEZ, quienes afirmaron que era aquel quien había recibido los mismos.

Sumado a lo anterior, obran entre folios 53 a 62 del expediente, recibos de pago que se encuentran suscritos por el señor OD y en algunos de ellos firma como administrador financiero de la oficina SJ y F, cuando además, de acuerdo a las grabaciones que se encuentran en el CD de folio 47, se puede concluir que la acción que dio origen a este asunto, surgió como consecuencia de los problemas personales que se suscitaron entre las partes del litigio, quienes de acuerdo a la comunicación de folios 39 a 40, sostuvieron una relación sentimental, tal como lo afirmó la demandada en la contestación de la acción, sin que los documentos de folios 9 y 10 del expediente, alcancen a desvirtuar lo ya concluido.

Y es que si aún, en gracia de discusión se aceptara la existencia del contrato de trabajo, no se encuentra probanza alguna de los extremos temporales, lo que llevaría inexorablemente, al fracaso de las querencias del actor.

Así las cosas, las argumentaciones esgrimidas en precedencia sirven de fundamento para mantener inmodificable la sentencia de primera instancia, la que habrá de confirmarse por encontrarse ajustada a derecho y reflejar la real situación que presenta el plenario.

COSTAS

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 3º del Acuerdo No. 1887 de 2003 expedido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura y ante las resultas del grado jurisdiccional de consulta, no se impondrán costas.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PASTO**, Sala de Decisión Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO. CONFIRMAR la sentencia de fecha 8 de septiembre de 2015 proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Ipiales, objeto de apelación.

SEGUNDO. SIN COSTAS en el grado jurisdiccional de consulta.

NOTIFÍQUESE Y DEVUÉLVASE.

La anterior providencia fue discutida y aprobada en sesión de esta fecha según acta No. 169 y se notifica a las partes en ESTRADOS.

Se declara surtida la presente audiencia y en constancia se firma por los que en ella intervinieron CLAUDIA CECILIA TORO RAMÍREZ como Magistrada Ponente y JUAN CARLOS MUÑOZ Magistrado integrante de la Sala de Decisión Laboral, dejando constancia que el doctor VÍCTOR HUGO ORJUELA GUERRERO, restante integrante de la Sala de Decisión, se encuentra en permiso concedido por la Presidencia de la Corporación y JAMES RODRÍGUEZ ROSERO Secretario de la Sala Laboral

INCAPACIDADES DE ORIGEN PROFESIONAL - Responsabilidad de las ARL en el pago de obligaciones derivadas de un riesgo laboral./ SUBSIDIO POR INCAPACIDAD MÉDICA LABORAL – CÁLCULO: Determinación del Ingreso Base de Liquidación - Teniendo en cuenta que las patologías sufridas por el demandante, fueron calificadas como de origen profesional, derivadas de un accidente de trabajo, le corresponde a la ARL demandada, el reconocimiento y pago del subsidio por incapacidad laboral y demás prestaciones derivadas de dichos padecimientos; subsidio equivalente al 100% de su salario, calculado desde el día siguiente a la ocurrencia del evento que originó la afectación del estado de su salud y no desde el momento en que se verificó la profesionalización de las patologías; estableciéndose, para el caso en particular, y “dando aplicación al referido artículo 3° de la Ley 776 de 2002 el ingreso base de liquidación para el cálculo del subsidio por incapacidad laboral en favor del actor, lo conforman los conceptos de salario básico, sobresueldo, subsidio familiar y prima por riesgo, tal y como acertadamente lo definió la *a quo*, conclusión que se desprende de los documentos ya referidos, estos son, las copias de las nóminas y pago de incapacidades realizadas por el INPEC a favor del actor y la certificación expedida por el Subdirector de Talento Humano del INPEC, de los cuales la parte accionada no discutió su autenticidad y contenido, reconociendo implícitamente la validez de los mismos, al tenor de lo dispuesto en el artículo 252 del C. de P. C., y sin que para la determinación del IBL respectivo, tal y como lo expone el apelante, sea estrictamente necesaria la acreditación del ingreso que sirvió de base para la cotización de los aportes al Sistema Integral de Seguridad Social, puesto que por una parte, como ya se advirtió, la parte pasiva de la litis no impugnó en su oportunidad la validez de las liquidaciones efectuadas por el empleador a favor del actor del subsidio por incapacidad y por otra, no allegó los certificados necesarios para acreditar que las liquidaciones respectivas se encuentran erradas en cuanto al IBL utilizado para tal fin y con ello, soportar probatoriamente sus alegaciones, las cuales por lo admonitado quedan en simples afirmaciones”.

PERJUICIOS MATERIALES Y MORALES DERIVADOS DEL NO PAGO OPORTUNO DE INCAPACIDADES MÉDICAS: Requisitos – No obstante se encuentra acreditada la mora de la ARL accionada en el pago de las incapacidades médicas a que tiene derecho el actor, se determina que no hay lugar al reconocimiento de perjuicios materiales en la modalidad de daño emergente, siendo que no se logró acreditar los presupuestos para ello; y sobre el lucro cesante, el mismo se cubre con el pago indexado del subsidio por incapacidad. En lo referente a los perjuicios morales, se determina que es procedente su cancelación y para la tasación se acude al “*arbitrium judicis*”.

INTERPRETACIÓN DE LA DEMANDA: Facultad - deber que le asiste al juez a fin de desentrañar la verdadera intención del demandante. / CALIFICACIÓN DE PÉRDIDA DE CAPACIDAD LABORAL - PRINCIPIO DE CONGRUENCIA: La determinación por parte del juzgador de ordenar dicha calificación, una vez verificados los hechos y pretensiones de la demanda, no vulnera la congruencia. / CALIFICACIÓN DE PÉRDIDA DE CAPACIDAD LABORAL - Debe ser integral - Se considera que la orden dada a la aseguradora demandada de iniciar los trámites tendientes a la obtención de una calificación integral para determinar el porcentaje final de pérdida de capacidad laboral del demandante, no constituye vulneración al principio de congruencia, en tanto deviene por una parte de la interpretación de la demanda efectuada por el funcionario judicial y por otra de las pretensiones deprecadas y los fundamentos fácticos que fueron discutidos dentro del proceso, los cuales se encuentran debidamente probados y aunado a que existen dos calificaciones diferentes por pérdida de capacidad laboral derivadas de las patologías que padece el actor, las cuales fueron catalogadas de origen laboral./

**República de Colombia
RAMA JUDICIAL**

**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE PASTO
SALA LABORAL**

Magistrado Ponente: Dr. Juan Carlos Muñoz

Ordinario Laboral No. 2012-00237-01(357)

En San Juan de Pasto, a los cuatro (04) días del mes de febrero de dos mil dieciséis (2016), siendo el día y la hora señalados previamente, los señores Magistrados integrantes de la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, **JUAN CARLOS MUÑOZ**, quien actúa como ponente, **CLARA INÉS LÓPEZ DÁVILA** y **CLAUDIA CECILIA TORO RAMÍREZ**, en asocio del Secretario, se constituyen en **AUDIENCIA PÚBLICA** dentro del proceso **ORDINARIO LABORAL** instaurado por **JORGE ENRIQUE TIMANÁ DELGADO** en contra de **POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A.** e **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES HOY COLPENSIONES**. Preside el acto el doctor **JUAN CARLOS MUÑOZ** quien lo declara abierto. El Secretario Ad Hoc informa que las partes se encuentran debidamente notificadas. Acto seguido el señor Magistrado Sustanciador, presenta a consideración de la Sala el respectivo proyecto de fallo, el que después de ser discutido es aprobado. A continuación la Sala procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

San Juan de Pasto, cuatro (04) de febrero dos mil dieciséis (2016).

1. ANTECEDENTES

JORGE ENRIQUE TIMANÁ DELGADO, mediante apoderado judicial instauró Demanda Ordinaria Laboral en contra de **POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A.** y el **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES HOY COLPENSIONES**, para que el Juzgado de conocimiento en sentencia de mérito que haga tránsito a cosa juzgada material, declare que las accionadas se encuentran obligadas a reconocer y pagar en favor del actor el subsidio por incapacidades de origen profesional y en forma subsidiaria, de origen común, a partir del 11 de mayo de 2008 y hasta la fecha en que subsistan las debidas incapacidades, así como también el reconocimiento y pago de los perjuicios materiales y morales causados al peticionario; se ordene la calificación de pérdida de capacidad laboral del actor, los derechos ultra y extra petita a su favor y al pago de las costas procesales a que haya lugar.

1.1. HECHOS.

Del escrito de demanda se extractan en síntesis los siguientes:

- Que el actor se encuentra vinculado al INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO "INPEC", desde el 28 de julio de 1999, desempeñando el cargo de Dragoneante Código 4114, Grado 11, adscrito al establecimiento Penitenciario de Mediana Seguridad Carcelario de Ipiales (Nariño).
- Que desde el 11 de mayo de 2008, el demandante se encuentra en incapacidad por enfermedad catalogada hasta el momento como de origen profesional; sin embargo, el 11 de agosto de 2009 y estando el actor aun gozando de incapacidades médicas, el Jefe de la División de Gestión Humana del INPEC, ordenó suspenderle el pago de los sueldos e incapacidades, continuando con el pago de los aportes correspondientes al Sistema de Seguridad Social Integral.
- El 04 de mayo de 2009, el demandante fue valorado por Medicina Laboral del extinto Instituto Seguro Social, entidad que diagnosticó que el cuadro clínico que presenta el actor tienen origen en eventos laborales, remitiendo por tal motivo a la ARL, para lo de su competencia.
- Que el 02 de octubre de 2009, el actor elevó reclamación administrativa ante la ARL accionada, solicitando iniciar el trámite de determinación del origen de la incapacidad del demandante, entidad que mediante oficio de 21 de octubre de 2009, informó que remitió el expediente a la Junta Regional de Calificación desde el 27 de septiembre de 2007, por encontrar que las dolencias del actor son de origen común, sin que hasta dicha data haya recibido respuesta alguna. Posteriormente, el 10 de mayo de 2011, la entidad demandada informa que la condición de salud del actor ya había sido calificado, situación que no obedece a la realidad.
- El 31 de marzo de 2011, POSITIVA S.A. notificó al INPEC el dictamen de calificación del estado de salud

del demandante, mismo que no le fue notificado en forma personal, experticio en el cual concluyó que el origen de sus padecimientos era común, interponiendo recurso de reposición en subsidio de apelación el 30 de mayo del mismo año, por no encontrarse el actor conforme con el origen de la enfermedad, los que fueron resueltos por la Junta Regional de Calificación de invalidez de Nariño mediante dictamen de 09 de noviembre de 2011, a través del cual se establece la profesionalidad de las dolencias del demandante.

- Que el 16 de noviembre de 2011, el actor nuevamente presenta reclamación administrativa ante la ARL POSITIVA, solicitando se realice la calificación de la pérdida de capacidad laboral del actor, teniendo en cuenta la profesionalización de la enfermedad del demandante, petición que fue resulta el 24 de noviembre de 2011, informando que una vez se surta el trámite de determinación de origen, se calificará el grado de pérdida de capacidad laboral, desconociendo con ello sus obligaciones legales, habida consideración que el origen de la patología fue diagnosticada como profesional.
- Que en el mes de diciembre de 2011, el Instituto de Seguros Sociales consignó a favor del actor la suma total de \$11.747.799, valor que no corresponde al monto total adeudado, pues el actor se encuentra en incapacidad para laborar desde mayo de 2008, estando suspendidos los pagos por incapacidad desde el mes de “septiembre de 2009” (sic).
- Que lo anterior evidencia un actuar negligente de la ARL accionada, mediante el cual dilató la calificación de los trastornos sufridos en la salud del demandante, ocasionando con ello perjuicios de índole material y moral, al haber sido suspendidos los pagos por incapacidades laborales, los cuales son objeto del petitum demandatorio.

1.2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA, TRÁMITE Y DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA.

Correspondió el conocimiento del proceso al Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pasto (N), despacho que admitió la demanda mediante auto de 20 de junio de 2012 (Fls. 257 a 258 Cdno de Primera Instancia), proveído en el que además se ordenó la notificación de los entes demandados y al agente del Ministerio Público, las que se surtieron en forma personal el 23 de julio de 2012 para la entidad POSITIVA COMPAÑÍA DE S.A. (Fl. 268), el 30 de julio de 2012 para el extinto ISS (FL. 273), teniéndose como sucesor procesal a COLPENSIONES, de conformidad con el proveído de 24 de abril de 213 (fl. 360) y el 13 de julio de dicha anualidad para el Agente del Ministerio Público (Fl. 259).

Trabada la litis, POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A., por conducto de procurador judicial operó la litis contestatio, actuación procesal que fue admitida por el Juzgado de primera instancia mediante auto de 17 de agosto de 2012 (Fl. 325) y en la que consintió como cierto los fácticos relacionados a la afiliación del actor a dicha entidad para los riesgos laborales, que fue a partir del 31 de agosto de 2010; que la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, estableció las patologías como de origen profesional, por lo tanto los pagos de las incapacidades generadas a favor del actor con anterioridad a la profesionalización de las dolencias por él sufridas, eran de resorte exclusivo del fondo de pensiones, al exponer que la entidad accionada no adeuda al actor ningún valor por pago de incapacidades laborales, pues desde la determinación del origen profesional de su patología, la accionada ha cancelado las incapacidades a él generadas. Así las cosas, se opone al acogimiento favorable de todas y cada una de las pretensiones invocadas por el actor, para lo cual propuso como medios enervantes las que denominó “INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN Y FALTA DE CAUSA JURÍDICA” y “PRESCRIPCIÓN”. (Fls. 274 a 284).

Por su parte, el extinto ISS por conducto de su mandatario judicial y con escrito visible a folios 314 a 317, contestó el libelo introductorio, actuación procesal que fue admitida por la a quo a través de auto de 17 de agosto de 2012 (Fl. 325), por medio del cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra por parte del demandante, proponiendo como excepciones perentorias las de “FALTA DE LEGITIMACIÓN POR PASIVA”, “AUSENCIA DE CAUSA PARA DEMANDAR”, “BUENA FE”, “PRESCRIPCIÓN” y la “INNOMINADA”, teniendo como fundamento para ello que la responsabilidad en el pago de las incapacidades laborales generadas al actor, recaen en la ARL accionada, habida cuenta que la calificación del estado de salud del demandante tuvo origen profesional.

En la audiencia señalada en el artículo 77 del C. P. del T. y de la S. S, llevada a cabo el 11 de marzo de 2013 (Fls. 407 a 412), la a quo declaró fracasada la conciliación por ausencia de ánimo conciliatorio, dispuso como ciertos los

hechos relacionados con la afiliación del actor al sistema de riesgos laborales a la ARL accionada, las reclamaciones administrativas incoadas por el actor y las calificaciones del estado de salud del demandante, determinado como problemas jurídicos por definir en el sub lite si el actor tiene derecho al reconocimiento y pago **i)** del subsidio por incapacidad de origen profesional a partir del 11 de mayo de 2008 a cargo de la ARL accionada; **ii)** de los perjuicios materiales y morales causados al demandante y a su hija y **iii)** si es procedente ordenar la calificación del porcentaje de pérdida de capacidad laboral del actor.

Una vez recaudado el material probatorio y clausurado el debate del mismo, el juzgado de primer grado profirió sentencia el 14 de agosto de 2014 (Fls. 543 a 548, MINUTO 00:00:10 a 01:07:57 CD. No. 02 PISTA 02 Cdo de Primera Instancia), mediante la cual condenó a POSITIVA COMPAÑIA DE SEGUROS S.A., a pagar a favor del demandante el subsidio por incapacidad generada desde el 11 de mayo de 2008 hasta el 15 de agosto de 2014, por el diagnóstico de ESTRÉS POSTRAUMÁTICO DE ORIGEN PROFESIONAL, de acuerdo al dictamen No. 9838267 de 25 de febrero de 2014, emitido por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, subsidio que asciende a la suma de \$124.544.975.00 más \$10.913.835.00 por concepto de indexación, autorizando a la entidad obligada al pago a descontar del primer guarismo, los pagos realizados por el extinto ISS y el INPEC por el valor indexado de \$34.037.954.00, quedando una suma pendiente por pagar por valor de \$101.420.856.00, ordenando además solicite ante la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, realizar la petición de recalificación de la pérdida de capacidad laboral del demandante con base en el dictamen No. 9838267 del 25 de enero de 2014 y en el No. 98382678 de 31 de agosto de 2010, para que se diagnostique de manera integral si las dos patologías de origen laboral denominadas "artrosis de rodilla izquierda" y "estrés postraumático", superan el 50% de pérdida de capacidad laboral y de ser así, adelantar inmediatamente el trámite de la pensión de invalidez de origen profesional a favor del demandante. Además, declaró probadas las excepciones de fondo denominadas "FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA" y "AUSENCIA DE CAUSA PARA DEMANDAR", propuestas por el extinto ISS accionado y como no probadas las incoadas por la ARL demandada, condenando a esta última a pagar las costas procesales, fijando las agencias en derecho en el equivalente al 15% sobre la condena impuesta, esto es, a \$15.213.128.00.

Para lo anterior consideró la a quo, que dentro del presente asunto se encontró debidamente acreditado que el padecimiento del actor, que le otorgó la pérdida de capacidad laboral es de orden profesional, tal y como se desprende de los dictámenes proferidos por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, a través de los cuales se estableció que las patologías denominadas "artrosis de rodilla izquierda" y "estrés postraumático", son de origen profesional, de lo que deviene que es la ARL accionada la responsable en pago de las incapacidades generadas al actor por dichos padecimientos, debiendo calcularse en el equivalente al 100% de su salario, siendo procedente que sean descontados del valor global adeudado por incapacidades, aquellas sumas de dinero ya canceladas por concepto de incapacidades por el fondo de pensiones, siendo además necesaria una calificación integral de la calificación de la pérdida de capacidad laboral, pues obran pérdidas laborales por dos tipos de patologías distintas sobre una misma persona.

1.3. RECURSO DE APELACIÓN.

Inconforme con lo decidido en primera instancia, el promotor del contradictorio y la entidad condenada en el sub judice, interpusieron recurso de apelación, los que fueron sustentados en los siguientes términos:

1.3.1. APELACIÓN PARTE DEMANDANTE (MINUTO 01:08:17 a 01:09:53 CD. No. 02 PISTA 02)

En lo que tiene que ver con los perjuicios materiales reclamados, aduce que los mismos resultan procedentes, al estar demostrado el actuar negligente de la entidad accionada en el reconocimiento y pago de las incapacidades médico – laborales en favor del actor, con lo cual se generó perjuicios económicos graves, aunado a que el actor se encuentra reportado en datacrédito, lo que le imposibilita acceder a un eventual crédito, perjuicios materiales que para su liquidación se tendrá en cuenta el valor de lo adeudado por el actor, más los intereses por mora.

En cuanto al perjuicio moral, expone que aun cuando es difícil probarlos, no por ello deben dejarse de tasar, estando además acreditada su causación.

1.3.2. APELACIÓN DEMANDADA (MINUTO 01:10:00 a 01:11:40 CD. No. 02 PISTA 02)

Arguye el censor, que la entidad accionada POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A., actuó de conformidad con la ley, toda vez que la responsabilidad del subsidio por incapacidad laboral nace a partir de la data de expedición de la profesionalidad de la patología del actor, lo cual tiene lugar con el dictamen 98382678 de 2010, considerado y reconocido al demandante a través de resolución No. 7463 de 20 de diciembre de 2010, por lo tanto, las incapacidades médicas expedidas en favor del demandante anterior a la determinación de la profesionalización del padecimiento del demandante, son responsabilidad del extinto ISS en los montos legales para tal fin, al estar en discusión el origen de las patologías del actor. Así las cosas afirman que POSITIVA S.A., no adeuda ninguna suma de dinero al actor, por concepto de subsidio por incapacidades médicas.

Aunado a ello, manifiesta que yerra la a quo al tomar como ingreso base de liquidación, las sumas mensuales devengadas por el actor como funcionario del INPEC, siendo lo correcto para la liquidación de las incapacidades médico – laborales, el IBC reportado por su empleador. Así mismo aduce, que no es procedente ordenar una calificación integral, pues tal pedimento no fue objeto de la presente litis.

1.4. TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA.

La Sala, mediante auto de 14 de septiembre de 2015, aceptó el impedimento manifestado por el secretario de la Sala Laboral, por encontrar acreditada y ajustada al artículo 150 del C. de P. C., la causal invocada por el empleado judicial para tal fin. Así mismo mediante auto de la misma data, esta Corporación reabrió el debate probatorio en el presente asunto, con el objeto de decretar oficiosamente la práctica de pruebas que consideró necesarias para decidir la alzada.

Surtido el trámite en segunda instancia, al no observar causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a decidir, previas las siguientes,

2. CONSIDERACIONES

2.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA JURÍDICO.

De acuerdo con lo establecido en el artículo 66 A del C. P. T. y de la S. S., el estudio del plenario en la segunda instancia se limita a los puntos de censura enrostrados por el recurrente al proveído objeto de apelación, por lo cual corresponde a esta Sala determinar si la decisión tomada por la a quo, respecto de la responsabilidad de POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A., en el reconocimiento y pago del subsidio por incapacidad laboral se encuentra ajustada a derecho, así como también establecer si resultan ser procedentes los perjuicios materiales y morales solicitados por la parte activa de la litis.

2.2. RÉGIMEN APLICABLE AL CASO CONCRETO Y SOLUCIÓN A LOS PROBLEMAS JURÍDICOS PLANTEADOS.

Preliminarmente considera necesario la Sala aclarar, que no es materia de discusión en el sub judice, que el demandante se encuentra afiliado a la entidad accionada POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A., para las contingencias de riesgos profesionales hoy laborales; que desde el 11 de mayo de 2008, al actor se le expiden *incapacidades médicas por su estado de salud, así como tampoco se discute que las patologías "artrosis de rodilla izquierda" y "trastorno de estrés postraumático"*, fueron calificadas como de origen profesional, según se desprende de los dictámenes emitidos por la Junta Nacional de Calificación Nos. 98382678 de 31 de agosto de 2010 y 983826 de 17 de abril de 2013, respectivamente, que obran a folios 299 a 307 y 438 a 443 del plenario, situaciones que no fueron objeto de reproche por las partes integrantes del contradictorio, estando por lo tanto únicamente en discusión, la responsabilidad de la accionada en el reconocimiento y pago del subsidio por incapacidad laboral, el ingreso base de liquidación para el cálculo de dicha prestación y la procedencia de los perjuicios materiales y morales solicitados por activa en el libelo introductor.

Hechas las anteriores precisiones, la Sala abordará el estudio de los problemas jurídicos fijados por esta Corporación.

2.2.1. RESPONSABILIDAD DE LAS ARL EN EL PAGO DE OBLIGACIONES DERIVADAS DE UN RIESGO LABORAL.

Ahora bien, obra en el plenario a folios 299 a 307 y 438 a 443, los dictámenes emitidos por la Junta Nacional de Calificación Nos. 98382678 de 31 de agosto de 2010 y 983826 de 17 de abril de 2013, en los que se diagnostica al actor como patologías: “*artrosis de rodilla izquierda*” y “*trastorno de estrés postraumático*”, calificadas en su origen como profesional, así como también a folios 121 a 245, 500 a 502 y 522 a 524, reposan los certificados de licencias o incapacidades expedidas por SALUDCOOP EPS y el HOSPITAL SAN RAFAEL DE PASTO al demandante, que van del 11 de mayo de 2008 al 15 de abril de 2015, situaciones que como ya se expusieron en antecedencia, no se discuten dentro de esta instancia judicial.

Siendo esto así colige la Sala, sin dubitación alguna, que las patologías sufridas por el demandante, esto es, “*artrosis de rodilla izquierda*” y “*trastorno de estrés postraumático*”, fueron calificadas como de origen profesional, derivadas de un accidente de trabajo, resultando pertinente por ende, hacer una reseña de las normas y la jurisprudencia sobre el derecho al reconocimiento de las incapacidades de las personas vinculadas al Sistema de Riesgos Laborales.

En cuanto al régimen jurídico aplicable a las incapacidades originadas en accidentes de trabajo, el artículo 206 de la Ley 100 de 1993, dispone que *“Para los afiliados de que trata el literal a) del artículo 157, el régimen contributivo reconocerá las incapacidades generadas en enfermedad general, de conformidad con las disposiciones legales vigentes. Para el cubrimiento de estos riesgos las empresas promotoras de salud podrán subcontratar con compañías aseguradoras. Las incapacidades originadas en enfermedad profesional y accidente de trabajo serán reconocidas por las entidades promotoras de salud y se financiarán con cargo a los recursos destinados para el pago de dichas contingencias en el respectivo régimen, de acuerdo con la reglamentación que se expida para el efecto.”*

Por lo anterior, se deduce que en aquellos casos en donde un trabajador resulte incapacitado como consecuencia de un accidente de trabajo o de una enfermedad profesional, las Entidades Promotoras de Salud deben reconocer tales prestaciones.

Por su parte, el artículo 23 del Decreto 2463 de 2001, permite que las ARP – ahora ARL– prorroguen la calificación de la pérdida de la capacidad laboral del trabajador hasta por 360 días adicionales a lo contemplado por el Decreto Ley 1295 de 1994, desde que se reconozca una prestación económica correspondiente a la incapacidad que disfrutaba y que exista un concepto médico favorable de rehabilitación.

Igualmente, el artículo 3° de la Ley 776 de 2002, indica que dentro del Sistema de Riesgos Laborales, los trabajadores tienen derecho al subsidio por incapacidad temporal por accidente de trabajo o enfermedad profesional.

De conformidad con lo anterior, se tiene que el período en el que se reconocen este tipo de prestaciones será de 180 días prorrogables por otros 180 días continuos adicionales que se requieran para culminar la rehabilitación o tratamiento del empleado. Igualmente, se estableció que las ARL continuaran con los pagos de las incapacidades temporales originadas por accidentes laborales o por enfermedades profesionales, hasta que se establezca el grado de la incapacidad o de invalidez.

Finalmente, en el parágrafo 3° del artículo 5° de la Ley 1256 de 2012 se estableció que *“El pago de la incapacidad temporal será asumido por las Entidades Promotoras de Salud, en caso de que la calificación del origen en la primera oportunidad sea común; o por la Administradora de Riesgos Laborales en caso de que la calificación del origen en primera oportunidad sea laboral y si existiese controversia continuarán cubriendo dicha incapacidad temporal de esta manera hasta que exista un dictamen en firme por parte de la Junta Regional o Nacional si se apela a esta, cuando el pago corresponda a la Administradora de Riesgos Laborales y esté en controversia, esta pagará el mismo porcentaje estipulado por la normatividad vigente para el régimen contributivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud, una vez el dictamen esté en firme podrán entre ellas realizarse los respectivos reembolsos y la ARP reconocerá al trabajador a diferencia en caso de que el dictamen en firme indique que correspondía a origen laboral.”*

Por su parte, la H. Corte Constitucional mediante Sentencia T-263 de 2012¹ indicó respecto a las incapacidades de origen profesional, que la ARL debe reconocer el pago de todas las prestaciones que se presenten desde el primer día en que ocurran hasta que se produzca alguna de las siguientes situaciones: **(i)** *la persona quede integralmente rehabilitada y por tanto reincorporada al trabajo;* **(ii)** *se le califique su estado de incapacidad parcial permanente y en este caso se indemnice;* o **(iii)** *en el peor de los casos se califique la pérdida de capacidad laboral en un porcentaje superior al 50%, adquiriendo el derecho a la pensión de invalidez.*

Igualmente, con sentencia **T-721 de 2012**², la Alta Corporación reconoció las obligaciones de las ARL dentro del Sistema General de Riesgos Profesionales, al señalar que *"El catálogo de responsabilidades que el Gobierno y el legislador le asignaron a los empleadores en su rol de actores del SGRP responde, efectivamente, a esa dinámica: el empleador contrata un seguro con una ARP (entiéndase hoy ARL), realiza las cotizaciones de manera oportuna y se encarga de la prevención de los riesgos, de conformidad con lo que le exigen, sobre el particular, el Decreto 1295 de 1994 y la Ley 776 de 2002. La ARP, por su parte, se obliga a reconocer las prestaciones asistenciales y económicas que el trabajador requiera cuando se produzca el riesgo asegurado, es decir, el accidente de trabajo o la enfermedad profesional."*

Por último, el Máximo Tribunal Constitucional en sentencia **T-457 de 2013**³ se refirió al trámite que dicha Corporación ha determinado para que se puedan reconocer y pagar las incapacidades de origen laboral de la siguiente manera: **(i)** *previamente debe realizarse la calificación del origen de la enfermedad, accidente o muerte, con la finalidad de determinar si la misma es de origen laboral, caso en el cual las prestaciones corren por cuenta de la Administradora de Riesgos Laborales,* **(ii)** *si la incapacidad es calificada como de origen laboral se le atribuye a la Administradora de Riesgos Laborales, a la cual se encuentre afiliado el trabajador, la obligación de garantizar de manera integral todas las prestaciones de carácter económicos, en salud, y asistenciales originadas por dicho suceso,* **(iii)** *en el evento en que existiera controversia sobre el dictamen de la pérdida de capacidad laboral, la ARL continuará cubriendo dicha incapacidad temporal hasta que quede en firme el dictamen emitido por parte de la Junta Regional o Nacional de calificación de invalidez,* **(iv)** *tratándose de la pérdida del 50% o más de la capacidad laboral, le corresponderá al fondo de pensiones el reconocimiento de la pensión de invalidez al trabajador."*

De conformidad con lo anterior, las ARL tienen la obligación legal de reconocer el pago de las incapacidades en donde se haya determinado que tienen un origen laboral, desde el primer día en que ocurran hasta que **i)** la persona quede integralmente rehabilitada y por tanto reincorporada al trabajo; **ii)** se le califique su estado de incapacidad parcial permanente y en este caso se indemnice; o **iii)** se califique la pérdida de capacidad laboral en un porcentaje superior al 50%, adquiriendo el derecho a la pensión de invalidez. Igualmente, se reitera que si se generan controversias frente al dictamen de pérdida de capacidad de laboral, las ARL continuaran reconociendo esta prestación hasta que la calificación quede en firme por parte de la Junta Regional o Nacional de Invalidez, cuando el primer dictamen establezca que el padecimiento es producto de un riesgo laboral, de lo contrario, si de la primera calificación surge que el origen del padecimiento es común, será la Administradora de Pensiones la encargada del pago de dicho subsidio por incapacidad, hasta el momento en que se defina el origen de la patología, evento en el que podrán entre ellas, la EPS y ARL realizar los respectivos reembolsos y la ARL reconocerá al trabajador a diferencia del porcentaje del subsidio por incapacidad pagado, en caso de que el dictamen en firme indique que el origen es laboral.

Colofón de lo anterior y descendiendo nuevamente al sub judice, admonita la Sala sin dubitación alguna, que al haberse calificado la patología del demandante, esto es *"artrosis de rodilla izquierda"* y *"trastorno de estrés postraumático"*, de origen laboral como consecuencia de un *"Accidente de Trabajo"*, la entidad responsable del pago de las incapacidades laborales y demás prestaciones derivadas de dicha patología, están a cargo de la accionada ARL POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A., subsidio equivalente al cien (100%) de su salario base de cotización, calculado desde el día siguiente a la ocurrencia el accidente de trabajo y hasta el momento de su rehabilitación, readaptación o curación o de la declaración de su incapacidad permanente parcial, invalidez o su muerte, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 3° de la Ley 776 de 2002; por lo tanto, si el médico tratante del actor por su estado de salud, emite incapacidades médicas derivadas de las patologías antes descritas,

¹ M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

² M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

³ M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

que tienen origen en un accidente de trabajo, es de responsabilidad de la aludida ARL accionada el cubrir las contingencias derivadas de dicho insuceso.

Así las cosas, no son de recibo las alegaciones efectuadas por la ARL accionada, en cuanto a que su responsabilidad en el pago del subsidio de incapacidad laboral nace con ocasión a la profesionalización de las patologías del actor, sino como claramente quedó sentado, sus obligaciones derivadas de un accidente de trabajo o una enfermedad profesional, surgen a partir del día siguiente del evento que originó la afectación del estado de salud del afiliado. Por lo tanto no yerra la a quo al fulminar condena en contra de la aseguradora demandada desde el 11 de mayo de 2008, data a partir de la cual se vienen presentando incapacidades médico - laborales a favor del demandante, al establecerse que el origen de los padecimientos de aquel, esto son, "*artrosis de rodilla izquierda*" y "*trastorno de estrés postraumático*", tienen origen profesional.

2.2.2. INGRESO BASE DE LIQUIDACIÓN PARA CALCULAR EL SUBSIDIO POR INCAPACIDAD MÉDICA LABORAL.

Sobre el *thema decidendum*, expuso la funcionaria judicial de primer grado, que los factores salariales que tiene en cuenta para liquidar el subsidio por incapacidad temporal a favor del actor, son aquellos que el INPEC reconoce como factores salariales en el pago de incapacidades, siendo estos los conceptos de salario básico, sobresueldo, subsidio familiar y prima por riesgo. Disiente de tal determinación la parte pasiva del contradictorio, afirmando para tal efecto que el IBL del subsidio por incapacidad generadas a favor del demandante, no puede ser otro que el IBC, por lo que a su juicio la a quo debió tener en cuenta para el cálculo respectivo, tan solo el ingreso base con el cual se hicieron los aportes al Sistema de Seguridad Social Integral por parte del promotor del contradictorio.

Al respecto el artículo 3° de la Ley 776 de 2002, indica que las prestaciones dentro del Sistema de Riesgos Laborales, a las que tienen derecho los trabajadores por incapacidad temporal, por accidente de trabajo o enfermedad profesional, serán calculadas en el equivalente al cien por ciento (100%) de su salario base de cotización y que el pago de dicho subsidio, se efectuará en los períodos en que el trabajador reciba regularmente su salario.

Ahora bien, revisado el informativo encuentra la Sala a folios 89 a 120 y 500 a 502, copias de las nóminas y pago de incapacidades realizadas por el INPEC a favor del actor, en los que se establecen los factores salariales aplicables al demandante a efectos de liquidar el subsidio referido y el aporte al Sistema de Seguridad Social Integral. Igualmente a folios 489 a 492 del expediente, obra la certificación expedida por el Subdirector de Talento Humano del INPEC, mediante la cual discrimina los salarios y demás factores que integran la asignación básica mensual para el cargo de Dragoneantes, grado 04, del INPEC, el cual ocupa el accionante.

Así las cosas, dando aplicación al referido artículo 3° de la Ley 776 de 2002 el ingreso base de liquidación para el cálculo del subsidio por incapacidad laboral en favor del actor, lo conforman los conceptos de salario básico, sobresueldo, subsidio familiar y prima por riesgo, tal y como acertadamente lo definió la a quo, conclusión que se desprende de los documentos ya referidos, estos son, las copias de las nóminas y pago de incapacidades realizadas por el INPEC a favor del actor y la certificación expedida por el Subdirector de Talento Humano del INPEC, de los cuales la parte accionada no discutió su autenticidad y contenido, reconociendo implícitamente la validez de los mismos, al tenor de lo dispuesto en el artículo 252 del C. de P. C., y sin que para la determinación del IBL respectivo, tal y como lo expone el apelante, sea estrictamente necesaria la acreditación del ingreso que sirvió de base para la cotización de los aportes al Sistema Integral de Seguridad Social, puesto que por una parte, como ya se advirtió, la parte pasiva de la litis no impugnó en su oportunidad la validez de las liquidaciones efectuadas por el empleador a favor del actor del subsidio por incapacidad y por otra, no allegó los certificados necesarios para acreditar que las liquidaciones respectivas se encuentran erradas en cuanto al IBL utilizado para tal fin y con ello, soportar probatoriamente sus alegaciones, las cuales por lo admonitado quedan en simples afirmaciones.

En ese orden de ideas, el IBL para el cálculo de las incapacidades respectivas, teniendo en cuenta los factores salariales especificados en antecedencia, asciende para el año 2008 a \$1.459.162.00, para el 2009 a \$1.571.071.00, para el 2010 a \$1.602.453.00, para el 2011 a \$1.653.304.00, para el 2012 a \$1.735.971.00, para el 2013 a \$1.795.689.00 y para el 2014 a \$1.795.689.00, que corresponde al mismo valor determinado para el año inmediatamente anterior, tomado también por la a quo, al no contar con la certificación respectiva para dicha anualidad, decisión que no fue objeto de reproche por la parte actora, quien es la parte que se vería afectada con dicha determinación.

Una vez efectuados los cálculos aritméticos respectivos, tomando como interregno de tiempo para el cálculo de subsidio por incapacidad, el que se verifica entre el 11 de mayo de 2008 y el 15 de agosto de 2014, en consonancia con lo determinado por la a quo, que no fue objeto de reproche, tal y como se indican en el anexo único que hace parte de la presente decisión, arroja un retroactivo total de \$124.956.552.17, por concepto de incapacidades laborales a favor del actor, que indexado asciende a la suma de \$135.377.296.70, guarismo al que se le debe sustraer el valor pagado tanto por el INPEC como por el extinto ISS, por concepto de subsidio por incapacidad laboral, el que fue determinado por la Jueza de primer grado en la suma indexada de \$34.037.954.00 y el que no fue reprochado por ninguna de las partes, operación que deja como resultado la suma total de \$101.339.342.70, suma inferior a la definida por la a quo fijada en \$101.420.856.00, por lo que se modificará la decisión objeto del recurso de apelación en este aspecto, al favorecer tal situación a la parte que interpuso el reproche bajo análisis.

2.2.3. PERJUICIOS MATERIALES Y MORALES DERIVADOS DEL NO PAGO OPORTUNO DE INCAPACIDADES MÉDICAS.

Expone el promotor del litigio en sus alegaciones, a contrario sensu de lo fijado por la a quo, que resultan en el sub judice procedentes la tasación de los perjuicios de orden material y moral, ocasionados por la mora de la ARL accionada en la calificación del estado de salud del accionante y en la cancelación oportuna del subsidio por incapacidad laboral a que tiene derecho.

Sobre el particular acota la Sala, que probada entonces la responsabilidad de la ARL accionada respecto de las prestaciones asistenciales y económicas derivadas de las patologías sufridas por el actor calificadas como de origen profesional, pasa a determinar la procedencia de la indemnización plena de perjuicios a título de lucro cesante, daño emergente y daño moral a los que cree tener derecho la parte activa del contradictorio, para lo cual es necesario que exista un daño, que éste se encuentre probado en el proceso y que se demuestre la relación de causalidad entre el no pago del subsidio por incapacidades médicas laborales y el daño alegado, no siendo procedente el cobro del lucro cesante por esa misma causa, toda vez que aquél se cubre con el pago del subsidio por incapacidad, pues debe entenderse por este concepto, como el dinero que se dejó de percibir por la ocurrencia del daño.

Analizado entonces el acervo probatorio recaudado dentro del asunto, a la luz de los criterios anteriormente esbozados, encuentra la Sala que la parte demandante no probó que el no pago del subsidio por incapacidad laboral, le haya causado perjuicios materiales distintos al lucro cesante, toda vez que no se arrió prueba idónea que demuestre tal, puesto que si bien está acreditado la mora en el pago de las incapacidades médicas, tal perjuicio se soluciona con el pago indexado de dichos valores adeudados, aunado a que el estado de salud del demandante no le impedía ejercer otras alternativas económicas y además, que del contenido de las copias simples de las certificaciones expedidas por el BANCO POPULAR y EL FONDO NACIONAL DEL AHORRO (Fls. 69 y 73) respecto de deudas adquiridas por el accionante y la existencia de procesos ejecutivos adelantados en su contra por dichas entidades, nada indica en relación con los presuntos perjuicios materiales reclamados por el demandante, pues no se logra determinar el origen de la deuda, ni tampoco su relación de causalidad con el estado de salud del actor y el no pago oportuno del subsidio por incapacidad, por ende la situación económica de aquel, no denota per se la existencia de un daño emergente, no estando demostrado por ello el nexo causal que debe existir entre el daño alegado – daño emergente – y el hecho del no pago oportuno del subsidio por incapacidad.

En cuanto a los perjuicios morales, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, en sentencia de 9 de julio de 2010, exp. 1999-02191, entre otras, expuso que para la tasación del perjuicio moral reclamado, debe aplicarse el concepto de *"arbitrium judicis"*, *"sin perjuicio de los criterios orientadores de la jurisprudencia, en procura de una verdadera, justa, recta y eficiente impartición de justicia, derrotero y compromiso ineludible de todo juzgador"*.

Precisó además dicha Corporación, que el aludido menoscabo de la esfera sentimental y afectiva de una persona *"corresponde a la órbita subjetiva, íntima o interna del individuo"* (cas.civ. sentencia 13 de mayo de 2008, SC-035-2008, exp. 11001-3103-006-1997-09327-01), *de ordinario explicitado material u objetivamente por el dolor, la pesadumbre, perturbación de ánimo, el sufrimiento espiritual, el pesar, la congoja, aflicción, sufrimiento, pena, angustia, zozobra, perturbación anímica, desolación, impotencia u otros signos expresivos"* (fallo de 18 de septiembre de 2009, exp.2005-00406).

Aplicando tales lineamientos al sub lite, la Sala concluye que en efecto el actor, por el actuar omisivo y negligente de la ARL accionada, padeció un incuestionable *"detrimento moral"*, siendo por tanto procedente la condena por *"daños morales"*, la cual apelando al *"arbitrium judicis"*, se fija en un monto equivalente a 10 salarios mínimos legales mensuales vigentes, esto es, la suma de \$6.894.540.00, en favor el demandante.

2.2.4. PROCEDENCIA DE LA CALIFICACIÓN INTEGRAL ORDENADA POR LA A QUO.

En la sentencia objeto de reproche, la Jueza de primer grado dispuso ordenar a la ARL accionada, que de manera inmediata inicie los trámites tendientes a la realización de una calificación integral de la pérdida de capacidad laboral del actor, quien padece dos tipos de patologías distintas de origen profesional, determinación que fue objeto de reproche por la parte pasiva del contradictorio, argumentando que la orden judicial impartida desborda lo solicitado en el libelo genitor.

En este orden de ideas, la Sala resalta que en efecto las decisiones judiciales deben estar acorde con el principio de congruencia, estando por tanto delimitado el campo de acción del operador judicial a los hechos y pretensiones esbozados en la demanda, principio desarrollado en el artículo 305 del C. de P. C. y que imposibilita al juez modificar el marco fáctico y jurídico, delimitado por los actos de demanda y contestación, cuestión que así se encuentra decantada por la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral en sentencia del 2 de octubre de 2013, radicación 40168⁴.

En este caso observa la Sala, que en la pretensión principal tercera, la parte actora solicita la calificación de pérdida de capacidad laboral; además dentro del *sub judice* obran dos calificaciones diferentes por pérdida de capacidad laboral que padece el actor, de las que se determinó un origen laboral, por lo tanto, apelando la *a quo* a su facultad – deber de interpretar la demanda para desentrañar la verdadera intención del demandante – tal y como lo ha sentado la Sala de Casación Civil de la H. Corte Suprema de Justicia, en sentencia de Octubre 31 de 2001⁵, y toda vez que los fundamentos fácticos en los que se cimienta la orden de calificación integral fueron discutidos dentro del presente proceso y están debidamente probados, la decisión adoptada por la jueza de primer grado no vulnera el principio de congruencia desarrollado en el artículo 305 del C. de P. C., por lo que en ningún yerro incurrió al ordenar a la administradora de riesgos laborales, iniciar los trámites respectivos para determinar el porcentaje final de pérdida de capacidad laboral del demandante, teniendo en cuenta las patologías de origen laboral que le aquejan – artrosis de rodilla izquierda" y "trastorno de estrés postraumático – pues tal calificación, de acuerdo con la Sentencia C-425 de 2005, debe ser integral, abordando factores físicos como de carácter psiquiátrico del paciente, en orden a establecer si se presenta una situación de invalidez.

3. CONCLUSIÓN.

Teniendo en cuenta lo discurrido en el presente proveído, esta Corporación modificará la decisión proferida en primera instancia, mediante audiencia pública llevada a cabo el 14 de agosto de 2014, en cuanto al monto final que por concepto de subsidio por incapacidad adeuda la ARL demandada al actor, incluyendo además en la parte resolutive del proveído bajo estudio, la condena por perjuicios morales por encontrar la Sala procedente la misma, tal y como fue explicado en antecedencia.

4. COSTAS.

En aplicación de lo dispuesto en el artículo 392 del C. de P. C., en concordancia con lo previsto en el Acuerdo 1887 de 26 de Junio de 2003, proferido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura que determina

⁴ "(...) como lo expresa la Corte la sentencia para ser congruente debe decidir sólo sobre los temas sometidos a composición del juez y con apoyo en los mismos hechos alegados como causa petendi, pues si se funda en supuestos fácticos que no fueron oportunamente invocados por las partes, lesionaría gravemente el derecho de defensa de los adversarios" (casación 27 de noviembre de 1977)".

⁵ "(...) el juez debe interpretar la demanda en su conjunto con criterio jurídico, pero no mecánico, auscultando en la causa para pedir su verdadero sentido y alcance, sin limitarse a un entendimiento literal, porque debe trascenderse a su misma redacción, para descubrir su naturaleza y esencia, y así superar la indebida calificación jurídica que eventualmente le haya dado la propia parte demandante"

las tarifas de las agencias en derecho, y en virtud de la facultad que le otorga el artículo 43 de la Ley 794 de 2003, que señala como criterios para aplicar gradualmente las tarifas establecidas, la naturaleza del asunto, la *“calidad y duración útil de la gestión ejecutada por el apoderado o la parte que litigó personalmente”*, se tiene que no hay lugar a condenar en costas en esta instancia.

En cuanto a las costas de primera instancia, al modificarse el monto al que fue condenada la ARL la accionada, igualmente se altera el valor de las costas de primera instancia a cargo de ella, toda vez que la a quo determinó que las mismas correspondían a un porcentaje del 15% sobre las pretensiones que alcanzaron prosperidad; sin embargo ese mismo porcentaje aplicado junto con la modificación de las condenas realizada en esta instancia, arroja un valor de \$16.235.082.00, razón por la que se modificará también en este aspecto la sentencia objeto de apelación.

5. DECISIÓN

La Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley.

RESUELVE:

PRIMERO. MODIFICAR los numerales **SEGUNDO y TERCERO** de la parte resolutive de la sentencia dictada por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pasto (N), dentro de la Audiencia Pública llevada a cabo el 14 de agosto de 2014 objeto de apelación, por las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión, para en su lugar:

“SEGUNDO. CONDENAR a POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A. a pagar a favor de JORGE ENRIQUE TIMANA DELGADO, identificado con la cedula de ciudadanía número 98.382.678, la suma indexada de CIENTO TREINTA Y CINCO MILLONES TRESCIENTOS SETENTA Y SIETE MIL DOSCIENTOS NOVENTA Y SEIS PESOS CON SETENTA CENTAVOS (\$135.377.296.70) M/CTE., por concepto de subsidio por incapacidad, de conformidad a lo expresado en la parte motiva de esta decisión.

“TERCERO. AUTORIZAR a POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A. a descontar de la anterior suma los pagos realizados por el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES y el INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO – INPEC, por el valor indexado de TREINTA Y CUATRO MILLONES TREINTA Y SIETE MIL NOVECIENTOS CINCUENTA Y CUATRO PESOS (\$34.037.954.00), por tanto el valor que en efectivo y dentro de los cinco (05) días siguientes a la ejecutoria del presente fallo, se pagará al demandante JORGE ENRIQUE TIMANÁ DELGADO, será la suma total indexada de CIENTO UN MILLONES TRESCIENTOS TREINTA Y NUEVE MIL TRESCIENTOS CUARENTA Y DOS PESOS CON SETENTA CENTAVOS (\$101.339.342.70) M/CTE.

SEGUNDO. MODIFICAR el Numeral **SEXTO** de la parte resolutive de la Sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pasto, en audiencia pública llevada a cabo el 14 de agosto de 2014 objeto de apelación, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta decisión, para en su lugar, **CONDENAR** en costas de primera instancia a favor del demandante y a cargo de **POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A.**, en el equivalente al QUINCE por ciento (15%) del valor de las condenas efectuadas en esta providencia. En consecuencia el valor de las Agencias en Derecho se fija en la suma de **DIECISÉIS MILLONES DOSCIENTOS TREINTA Y CINCO MIL CON OCHENTA Y DOS CENTAVOS (\$16.235.082.00) M/CTE.**

TERCERO. ADICIONAR el numeral **OCTAVO** a la parte resolutive de la sentencia dictada por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pasto (N), dentro de la Audiencia Pública llevada a cabo el 14 de agosto de 2014 objeto de apelación, a fin de **CONDENAR a POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A.** a pagar a favor de **JORGE ENRIQUE TIMANA DELGADO**, identificado con la cedula de ciudadanía número 98.382.678, la suma de **SEIS MILLONES OCHOCIENTOS NOVENTA Y CUATRO MIL QUINIENTOS CUARENTA PESOS (\$6.894.540.00) M/CTE.**, por concepto de perjuicios morales, de conformidad a lo expresado en la parte motiva de esta decisión.

CUARTO. CONFIRMAR en todo lo restante la sentencia objeto de apelación, conforme a las explicaciones

vertidas en la parte motiva de la presente sentencia.

QUINTO. SIN COSTAS en esta instancia por no haberse causado.

SEXTO. INCORPORAR a la presente decisión, el anexo único contentivo de la liquidación practicada por esta Corporación, a que se hace referencia en la parte motiva de esta decisión.

NOTIFÍQUESE Y DEVUÉLVASE.

La anterior providencia fue discutida y aprobada en sesión de esta fecha según acta No. y se notifica a las partes en ESTRADOS.

No siendo otro el objeto de la presente, se firma en constancia como aparece:

JUAN CARLOS MUÑOZ
Magistrado Ponente.

CLARA INÉS LÓPEZ DÁVILA
Magistrada.

CLAUDIA CECILIA TORO RAMÍREZ
Magistrada.

JAMES RODRÍGUEZ ROSERO
Secretario Sala Laboral

PENSIÓN FAMILIAR – RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACIÓN DEFINIDA: Requisitos

– Improcedencia del reconocimiento a los demandantes de tal prestación, al establecerse que no cumplen con la totalidad de los presupuestos exigidos, al no contar con el número de semanas de cotizaciones mínimas requeridas por cada uno de ellos, esto es, el 25% de las semanas exigidas para acceder a una pensión de vejez, al momento de cumplir los 45 años de edad, en tanto sus afiliaciones al sistema de seguridad social en pensiones ocurrieron con posterioridad al cumplimiento de dicha edad./

**República de Colombia
RAMA JUDICIAL**

**TRIBUNAL SUPERIOR DE PASTO
SALA LABORAL**

Magistrado Ponente: Dr. Juan Carlos Muñoz

Ordinario Laboral No. 2014-00157-01(450).

En San Juan de Pasto, a los ocho (08) días del mes de abril del año dos mil dieciséis (2016), siendo el día y hora previamente señalados para la celebración de la presente audiencia, los señores Magistrados integrantes de la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, doctores **JUAN CARLOS MUÑOZ**, quien actúa como ponente, **VÍCTOR HUGO ORJUELA GUERRERO y CLAUDIA CECILIA TORO RAMÍREZ**, en asocio del Secretario, nos constituimos en **AUDIENCIA PÚBLICA** dentro del proceso **ORDINARIO LABORAL** instaurado por **VÍCTOR ARMANDO PEJENDINO y MARTHA LEONOR LUNA** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**. Preside el acto el doctor **MUÑOZ** quien lo declara abierto. El Secretario informa que las partes se encuentran debidamente notificadas. Acto seguido el señor Magistrado Sustanciador, presenta a consideración de la Sala el respectivo proyecto de fallo, el que después de ser discutido es aprobado. A continuación la Sala procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

1. ANTECEDENTES

VÍCTOR ARMANDO PEJENDINO y MARTHA LEONOR LUNA, por intermedio de apoderado judicial legalmente constituido, instauró demanda ordinaria laboral en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y GLADYS DOMINGA LANDAZURY**, con el fin de que mediante sentencia de mérito que haga tránsito a cosa juzgada material, declare que tienen derecho al reconocimiento y pago de la pensión familiar consagrada en la Ley 1580 de 2012, bajo el régimen de transición y se condene a pagar las mesadas retroactivas pensionales pertinentes debidamente indexadas y las costas del proceso.

1.1. HECHOS.

Del escrito de demanda, se extractan en síntesis los siguientes hechos:

- Que **VÍCTOR ARMANDO PEJENDINO y MARTHA LEONOR LUNA**, nacieron el 15 de febrero de 1946 y el 23 de mayo de 1953, respectivamente, contando cada uno a la fecha de presentación de la demanda 68 y 61 años de edad.
- Que los actores contrajeron matrimonio el 05 de diciembre de 1992 y tienen sociedad conyugal vigente hasta la fecha.
- Que los demandantes se encuentran afiliados al sistema de seguridad social en pensiones en el régimen

de prima media con prestación definida, Víctor Armando Pejendino desde el 1º de noviembre de 2000 hasta el 31 de mayo de 2011, contando con 531.44 semanas y Martha Leonor Luna, desde el 1º de septiembre de 1998 hasta el 31 de enero de 2012, detentando un total de 678 semanas, sumando el grupo familiar un total de 1.209.44.

- Que los actores se encuentran calificados en el SISBEN 2 área urbana, con número de ficha 64484 de junio 26 de 2012.
- Que el 06 de marzo de 2014, presentaron ante la entidad demandada la correspondiente reclamación administrativa, solicitud que mediante oficio radicado bajo el No. 2014-1889250 de 06 de marzo de dicha anualidad, informa que la pensión familiar no ha sido reglamentada y por consiguiente no fue recibida la reclamación administrativa.

1.2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA y TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA.

Correspondió el conocimiento del asunto al Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pasto (N), despacho que mediante auto No. 0745 de 21 de mayo de 2014 (Fls. 30), admitió la demanda ordinaria laboral interpuesta, ordenado la notificación personal de la entidad accionada, al Agente del Ministerio Público y la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, actos procesales que se llevaron en legal forma, teniendo por notificada por conducta concluyente a la entidad accionada, de conformidad con lo dispuesto en el auto No. 2859 de 11 de diciembre de 2014 (Fl. 62).

Integrada la Litis, el juzgado de primer grado mediante auto No. 0329 de 23 de febrero de 2015 (Fls. 63), tuvo por contestada la demanda, actuación mediante la cual COLPENSIONES se opuso a todas y cada una de las pretensiones incoadas en el libelo demandatorio, aduciendo para tal efecto que las partes incumplen con el presupuesto de cotizaciones mínimas al momento de detentar la edad de 45 años, esto es, el 25% de las semanas requeridas para acceder a una pensión de vejez de acuerdo con la ley, lo cual implica que aquellos no sean beneficiarios de la pensión familiar deprecada. Con fundamento en lo anterior, propuso las excepciones de mérito de *"INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN Y COBRO DE LO NO DEBIDO"*, *"BUENA FE"*, *"PRESCRIPCIÓN"* y la *"INNOMINADA"*.

Dentro de la etapa de fijación del litigio de la Audiencia Publica dispuesta en el artículo 77 del C. P. del T. y de la S. S., llevada a cabo el 20 de abril de 2015 (Fls. 70 a 72), dispuso el a quo tener como ciertos los hechos 4 y 6 del escrito genitor, referentes al número de semanas cotizadas por cada uno de los demandantes y a la presentación de la reclamación administrativa, concentrando el problema jurídico en determinar si los actores tienen o no derecho al reconcomiendo y pago de la pensión familiar solicitada.

Posteriormente, se desarrolló la audiencia pública de Trámite y Juzgamiento el día 30 de julio de 2015 (Fls. 92 a 94), en la que se recepcionó la prueba decretada por el despacho de primer grado y se profirió sentencia absolutoria en favor de la parte accionada, al considerar el a quo, que teniendo en cuenta los requisitos que deben detentar las personas interesados en declarar en su favor la pensión familiar, los actores no causan en su favor la aludida prestación pensional, habida cuenta que no cumplen con el presupuesto de semanas de cotizaciones mínimas, esto es, el 25% de las semanas requeridas para acceder a una pensión de vejez de acuerdo a la ley, al momento de cumplir los 45 años de edad, pues las afiliaciones de éstos al sistema pensional se dieron con posterioridad a dicha edad. En consecuencia al no cumplirse la totalidad de los requisitos exigidos, especialmente el contenido en el LITERAL L) DEL ARTÍCULO 151C DE LA LEY 100 DE 1990, ADICIONADO POR EL ARTÍCULO 3º DE LA LEY 1580 DE 2012, no es posible acceder a la solicitud elevada con la demanda. Por lo tanto, absolvió a la parte accionada de todas y cada una de las pretensiones incoadas en la demanda y condenó a la parte demandante a costas procesales, fijando las agencias en derecho en el equivalente al 50% de un salario mínimo legal mensual vigente, esto es, la suma de \$322.175.00.

1.4. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA.

Al ser el proveído estudiado adverso a las pretensiones incoadas por la parte demandante en el libelo demandatorio, esta Corporación en cumplimiento a lo establecido en el artículo 69 del C. P. del T. y de la S. S., lo admitió para que se surta el grado jurisdiccional de consulta.

1.5. TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el trámite en segunda instancia, al no observar causal de nulidad que invalide lo actuado, procedemos a decidir, previas las siguientes:

2. CONSIDERACIONES

2.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA JURÍDICO.

Como la decisión adoptada en primera instancia es totalmente adversa a los intereses de la parte actora, se procede a examinar la sentencia objeto del grado jurisdiccional de consulta y sin limitaciones de ninguna naturaleza, se emitirá la decisión que corresponda. En virtud de lo anterior, observa la Sala de Decisión que es su deber resolver si los demandantes tienen derecho a que les sea reconocido el derecho pensional que persiguen, en virtud de la pensión familiar que deprecian su aplicación y de ser afirmativa la respuesta al anterior cuestionamiento, determinar la viabilidad de las pretensiones consecuenciales a dicho reconocimiento..

2.2. RÉGIMEN APLICABLE AL CASO CONCRETO Y SOLUCIÓN A LOS PROBLEMAS JURÍDICOS PLANTEADOS.

2.2.1. PENSIÓN FAMILIAR.

La pensión familiar fue creada mediante la Ley 1580 de 2012, definida en el artículo 1° como *"(...) aquella que se reconoce por la suma de esfuerzos de cotización o aportes de cada uno de los cónyuges o cada uno de los compañeros permanentes, cuyo resultado es el cumplimiento de los requisitos establecidos para la pensión de vejez en el régimen de prima media con prestación definida o régimen de ahorro individual y de conformidad con lo establecido en la Ley 100 de 1993."*

De ello se desprende que la pensión familiar aplica, tanto para el régimen de ahorro individual con solidaridad, como para el de prima media con prestación definida, pero en cada régimen sus condiciones y requisitos para acceder a ella son diferentes.

Para el caso del régimen de prima media con prestación definida, el artículo 3° de la Ley 1580 de 2012, que adiciona el artículo 151C de la Ley 100 de 1993, consagra como requisitos necesarios para su causación, los siguientes:

- Que cada cónyuge o compañero permanente haya cumplido la edad mínima requerida por la ley para acceder a la pensión de vejez;
- Que la sumatoria del número de semanas cotizadas por ambos, supere el mínimo de semanas requeridas para el reconocimiento de la pensión de vejez requeridas de manera individual;
- Que los cónyuges o compañeros permanentes se encuentren clasificadas en el SISBEN en los niveles 1, 2 y/o en cualquier otro sistema equivalente que diseñe el Gobierno Nacional.
- Que cada beneficiario haya cotizado a los 45 años de edad, el veinticinco por ciento (25%) de las semanas requeridas para acceder a una pensión de vejez, de acuerdo con la ley.
- Adicionalmente, deben estar afiliados al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, acreditar más de cinco (5) años de relación conyugal o convivencia permanente;
- El titular de la pensión familiar deberá estar afiliado y cotizar a salud de acuerdo con lo estipulado en el artículo 204 de la Ley 100 de 1993 y,
- Ninguno de los cónyuges o compañeros permanentes podrá estar recibiendo pensión proveniente del sistema pensional, de los sistemas excluidos o reconocida por empleadores, incluyendo las pensiones

convencionales, ninguno de los cónyuges o compañeros permanentes podrán haber accedido con anterioridad a una pensión familiar.

La ley señala además, que en el Régimen de Prima Media el valor de la pensión familiar no podrá exceder de un salario mínimo legal mensual vigente y que en el evento de que uno de los cónyuges o compañeros permanentes se encuentre cobijado por el régimen de transición, consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, la pensión familiar no se determinará conforme a los criterios fijados en ese mismo artículo, de conformidad con lo reglado en el Literal C) del artículo 151C de la Ley 100 de 1993.

La mencionada ley establece además, situaciones puntuales como el caso en que los cónyuges o compañeros permanentes pertenezcan a diferentes administradoras de pensiones, los efectos de una separación o divorcio, el fallecimiento de uno o ambos cónyuges o compañeros permanentes, que el reconocimiento de la pensión familiar se adquiere a partir de la fecha de la solicitud del derecho, previo el cumplimiento de los requisitos, entre otras.

Ahora bien, la Ley 1580 de 2012, fue reglamentada mediante el Decreto Nacional 288 de 2014, el cual tiene por objeto determinar las condiciones para el otorgamiento de la pensión familiar y entre las novedades incorporadas, se encuentra que impuso para demostrar la convivencia, que no basta el registro civil de matrimonio o la declaración de la unión marital de hecho, sino que debe adicionarse una declaración extra juicio de un testigo que reafirme la convivencia y el tiempo.

También, se estableció en el literal I) del artículo 151C de la Ley 100 de 1993, declarado exequible, por los cargos analizados, por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-613-13 de 4 de septiembre de 2013, el número de semanas mínimas cotizadas que los interesados deben acreditar al momento de cumplir los 45 años, disponiendo para ello el literal d) del Decreto Nacional 288 de 2014, lo siguiente:

"d) Haber cotizado a los cuarenta y cinco (45) años de edad, el veinticinco por ciento (25%) de las semanas requeridas para acceder a una pensión de vejez, teniendo en cuenta el año del cumplimiento de esta edad, de conformidad con la siguiente tabla:

VIGENCIA	SEMANAS REQUERIDAS
2004 y anteriores	250,00
2005	262,50
2006	268,75
2007	275,00
2008	281,25
2009	287,50
2010	293,75
2011	300,00
2012	306,25
2013	312,50
2014	318,75
2015 y siguientes	325,00

2.2.2. ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO

Descendiendo al caso que ocupa la atención de la Sala, es preciso señalar que estamos ante una pareja afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, por lo que para acceder a la pensión familiar, deben acreditar que cumplen con los requisitos establecidos, para dicho régimen, por las normas traídas anteriormente a colación.

En efecto, los demandantes nacieron en el año de 1946 y 1953, contando el demandante a la fecha de presentación

de la demanda (22 de abril de 2014), con 68 años por parte de VÍCTOR ARMANDO PEJENDINO y 60 años de edad por parte de MARTHA LEONOR LUNA, según se desprenden de las copias de los Registros Civiles de Nacimiento visibles a folios 18 y 20 del expediente, detentando además 531.44 semanas de cotización por parte del actor y 747.01 semanas por parte de la demandante, según se desprende del resumen de semanas cotizadas expedido por COLPENSIONES obrantes a folios 84 a 94 del cuaderno de primera instancia, cotizaciones que sumadas arrojan un total de 1278,45 efectivamente cotizadas al régimen de prima media, por lo que en principio, cumplen con el número de semanas y edad para obtener la pensión de vejez dispuesta en la ley 100 de 1993, que establece un requisito de edad de 57 años si es mujer y 62 años si es hombre, a partir del 1º de enero de 2014 y 1.275 semanas de cotización, atendiendo que la cónyuge demandante realizó su último aporte al sistema pensional en el mes de febrero de 2014, presupuestos que se extraen de lo normado en el artículo 33 de la referida norma de seguridad social, con las modificaciones del caso.

Aunado a lo anterior, la parte activa de la Litis acreditó el requisito de la convivencia mínima de cinco años, habida consideración que la prueba documental – Registro Civil de Matrimonios visible a folio 22 del plenario – indica que los demandantes contrajeron nupcias el 05 de diciembre de 1992 y la prueba testimonial indica que aquellos hacen vida común desde dicha data hasta la actualidad (testimonio de GUILLERMO FRANCO OCAÑA (minuto 00:02:46 a 00:09:57 CD. No. 02).

Así mismo, a folios 25 y 26 del expediente reposa certificación del Departamento Nacional de Planeación, donde se señala que los demandantes se encuentran registrados en el SISBÉN nivel 2, con fecha de modificación el 26 de junio de 2012, cumpliendo así con ello, con la mayoría de los requisitos que exige la Ley 1580 de 2012.

Sin embargo, la parte activa del contradictorio no cumple con el contenido normativo dispuesto en el literal L) del artículo 151C de la ley 100 de 1993, adicionado por el artículo 3º de la Ley 1580 de 2012, esto es, detentar a los 45 años de edad el veinticinco por ciento (25%) de las semanas requeridas para acceder a una pensión de vejez de acuerdo con la ley, ello por cuanto, revisados los reportes de semanas cotizadas expedidos por COLPENSIONES, los actores para al momento de detentar 45 años de edad, esto es, al 15 de febrero de 1991 para el demandante y 23 de mayo de 1998 para la actora, no contaban con ninguna semana de cotización, pues la afiliación de cada uno de estos al sistema de seguridad social en pensiones, tan solo se da el 01 de noviembre de 2000 para el actor VÍCTOR ARMANDO PEJENDINO y el 1º de septiembre de 1998 para la demandante MARTHA LEONOR LUNA, circunstancia que lleva a concluir indefectiblemente, que los citados no cumplen con los requisitos establecidos por la Ley 1580 de 2012 para acceder a la pretendida pensión familiar.

En consecuencia, no se puede llegar a la conclusión de que exista tal desigualdad, pues como lo explicó la Corte Constitucional en la Sentencia citada, los afiliados a cada régimen pensional, esto es el Régimen de Prima Media con Prestación Definida y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, no pueden ser comparados pues cada uno goza de autonomía y particularidades diferentes.

3. CONCLUSIÓN

En ese orden de ideas, al encontrar que los actores no cumplen con la totalidad de los requisitos exigidos por nuestra legislación para acceder a la pensión familiar, tal como se explicó en las anteriores consideraciones, hay lugar a desestimar las pretensiones de la demanda y en consecuencia, confirmar el fallo absolutorio proferido en el sub judice por parte del Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pasto (N), dentro de la audiencia pública llevada a cabo el 30 de julio de 2015, al encontrar la misma acorde a derecho.

4. COSTAS

De conformidad con el artículo 392 del C. de P. C., en concordancia con lo previsto en el Acuerdo 1887 de 26 de junio de 2003, proferido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura que determina las tarifas de las agencias en derecho, a lo consagrado en el artículo 392 del C. de P. C. modificado por la Ley 1395 de 2010, y en virtud de la facultad que le otorga el artículo 43 de la Ley 794 de 2003, que señala como criterios para aplicar gradualmente las tarifas establecidas la naturaleza del asunto, la *“calidad y duración útil de la gestión ejecutada por el apoderado o la parte que litigó personalmente”*, se tiene que, dadas las resultas del grado jurisdiccional de consulta, no hay lugar a condenar en costas en esta instancia.

5. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley.

RESUELVE:

PRIMERO. CONFIRMAR en su integridad la Sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pasto (N), en audiencia pública llevada a cabo el 30 de julio de 2015, objeto del grado jurisdiccional de consulta, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO. SIN COSTAS en esta instancia por no haberse causado.

NOTIFÍQUESE Y DEVUÉLVASE.

La anterior providencia fue discutida y aprobada en sesión de esta fecha según acta No. y se notifica a las partes en ESTRADOS.

Se declara surtida la presente audiencia y en constancia se firma por los que en ella intervinieron.

JUAN CARLOS MUÑOZ
Magistrado Ponente.

VÍCTOR HUGO ORJUELA GUERRERO
Magistrada.

CLAUDIA CECILIA TORO RAMÍREZ
Magistrada.

JAMES RODRÍGUEZ ROSERO
Secretario Sala Laboral

SUCESIÓN PROCESAL POR MUERTE DE UN LITIGANTE – Al ser facultativa, no es imperativo que acudan al proceso todos los que consideren tener derecho sucesoral o vocación hereditaria, así como tampoco que comparezca el cónyuge supérstite - No es necesario que en un proceso, durante el cual fallece una parte procesal, comparezcan de manera forzosa el cónyuge, albacea con tenencia de bienes o herederos, sino quienes facultativamente, allegando la prueba que acredite la calidad alegada, deseen hacerlo; en todo caso, la sentencia tiene efectos para todos, incluso los que no comparecen. En consecuencia, hay lugar a reconocer como sucesores procesales a los hijos del fallecido demandante, quienes comparecieron para tomar el proceso y llevarlo hasta su culminación, sin que resulte obligatoria la comparecencia de la cónyuge supérstite; no siendo procedente la suspensión de la diligencia de trámite, con el objeto de revisar la situación de la sociedad conyugal del extinto demandante.

COMPATIBILIDAD DE PENSIÓN DE JUBILACIÓN EXTRALEGAL CON PENSIÓN DE VEJEZ - Las pensiones extralegales y la de vejez son compatibles cuando se hubiesen causado antes del 17 de octubre de 1985, salvo que se pacte lo contrario en la respectiva convención colectiva – Teniendo en cuenta que el actor es beneficiario de la convención colectiva de trabajo y que en virtud de esa norma convencional, adquirió la pensión de jubilación extralegal a cargo de la entidad demandada, la cual le fue reconocida a partir del 1º de enero de 1985, se determina que la misma es compatible con la de vejez, que le fue concedida por el I.S.S, hoy COLPENSIONES, por lo cual le asiste el derecho a percibir de manera plena las dos pensiones; lo anterior conforme el análisis efectuado del Acuerdo 029 de 1985, aprobado por el Decreto 2879 de ese mismo año, en tanto la pensión de jubilación se reconoció antes de entrar en vigencia dicho Acuerdo y nada se pactó acerca de limitar el derecho bajo la figura de una compartibilidad pensional, por lo que no era factible que el empleador alterara o modificara la expresa voluntad de las partes contenida en la convención colectiva de trabajo y siendo además, que la financiación de tales pensiones proviene de diferente fuente./

***República de Colombia
RAMA JUDICIAL***

***TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE PASTO
SALA DE DECISIÓN LABORAL***

ACTA DE AUDIENCIA

Magistrada Ponente: Dra. Clara Inés López Dávila

PROCESO ORDINARIO No. 520013105003–2014–00112–01(429)

En San Juan de Pasto, a los diecisiete (17) días del mes de marzo del año dos mil dieciséis (2016), siendo el día y hora previamente señalados, los señores Magistrados integrantes de la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, doctores **CLARA INÉS LÓPEZ DÁVILA, CLAUDIA CECILIA TORO RAMÍREZ y JUAN CARLOS MUÑOZ**, nos constituimos en **AUDIENCIA PÚBLICA** dentro del proceso **ORDINARIO LABORAL** instaurado por **JOSÉ GLAUCO RODRIGUEZ ROSERO** en contra de la **CENTRALES ELÉCTRICAS DE NARIÑO S.A. E.S.P. CEDENAR**, radicado bajo el número **520013105003–2014–00112–01(429)**, acto para el cual las partes se encuentran debidamente notificadas.

Se deja constancia que el respectivo proyecto de fallo fue puesto a consideración de la Sala y encontrándose éste debidamente aprobado, se procede a dictar la siguiente **SENTENCIA**

I. ANTECEDENTES

DEMANDA

El señor **JOSÉ GLAUCO RODRIGUEZ ROSERO**, mayor de edad, debidamente identificado en el plenario, por intermedio de apoderado judicial y a través de escrito presentado el 18 de marzo de 2014 (Fls. 2 -14), demandó por la vía ordinaria laboral de primera instancia a **CENTRALES ELÉCTRICAS DE NARIÑO S.A. E.S.P. "CEDENAR S.A. E.S.P."**, para que el Juzgado de conocimiento, en sentencia de mérito que haga tránsito a cosa juzgada material, declare que el actor adquirió la pensión de jubilación desde el 1º. de enero de 1985 y que existe compatibilidad entre la pensión de jubilación otorgada por CEDENAR S.A con la pensión de vejez otorgada por COLPENSIONES. Como consecuencia de tales declaraciones, se ordene el pago de la pensión plena de jubilación a partir del 1º. de mayo de 1992, fecha desde la cual comparte de manera no legal la pensión con la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES; se reconozca y pague los beneficios establecidos en la Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre CEDENAR y SINTRAEECOL, para el periodo 1º. de julio de 1984 al 30 de junio de 1986; así como los intereses moratorios, indexaciones y la condena en costas a la parte demandada.

Los hechos que sustentan los anteriores pedimentos se sintetizan así:

- Que laboró para CEDENAR S.A. E.S.P. durante 20 años, 2 meses y 7 días y con base en ese tiempo de servicio le fue reconocido su status de pensionado mediante Resolución No. 041 del 5 de febrero 1985, con efectividad a partir de 1º. de enero de 1985.
- Que fue beneficiario de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita por CEDENAR S.A y SINTRAEECOL, Sindicato de Trabajadores de la Electricidad de Colombia, entre el 1º. de julio de 1984 al 30 de junio de 1986.
- Que cumplida la edad requerida, el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES mediante Resolución No. 003409 del 26 de mayo de 1993, le otorgo la pensión de vejez.
- Que CEDENAR S.A. E.S.P. de forma arbitraria, le aplicó la compatibilidad pensional, a pesar de no tener vocación para ello.
- Que el ISS, por efecto de la ilegal compatibilidad, erradamente le entregó a la empresa CEDENAR S.A, la suma de \$957.468.00, indicado en la Resolución No. 003409 de 1993, cuando debió hacerlo a favor del demandante.
- Que la entidad demandada, a partir del reconocimiento de la pensión de vejez por parte del ISS hoy COLPENSIONES, ya no cancela la pensión de jubilación convencional sino tan sólo el mayor valor.
- Que el 30 de abril de 2013, presentó ante CEDENAR S.A. E.S.P., reclamación administrativa.

TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA

El presente proceso correspondió por reparto al Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pasto, autoridad que admitió la demanda mediante auto calendario 1º. de abril de 2014, ordenando la notificación y el traslado a la parte accionada (Fl. 80). Igualmente corrió traslado en debida forma de la existencia del presente proceso al Ministerio Público (Fl. 157).

CEDENAR S.A. E.S.P., se notificó personalmente (Fl. 89) y contestó la demanda (Fls. 90 a 100), oponiéndose a todas las pretensiones incoadas en la demanda, argumentado en que entre las pensiones reconocidas al actor operó la compartibilidad, estando obligada a cancelar únicamente el mayor valor. Como medios enervante de las pretensiones del actor propuso como excepciones de mérito las que denominó: PRESCRIPCIÓN, PAGO, COBRO DE LO DEBIDO, FALTA DE FUNDAMENTO LEGAL PARA DEMANDAR Y RECONOCIMIENTO OFICIOSO DE LAS EXCEPCIONES.

DECISIÓN DE PRIMER GRADO

En desarrollo de la audiencia de que trata el artículo 80 del C. P. del T. y de la S.S., celebrada el 27 de julio de 2015, la *a-quo* consideró que en autos se conocía del fallecimiento del actor pero no se había solicitado el reconocimiento de los sucesores procesales, lo que ocurrió en tal diligencia con la presentación del memorial poder y los registros civiles de quienes lo confieren, por lo que aplicó el artículo 60 del C.P.C., advirtiendo que cuando se trata de sucesión procesal, se refiere únicamente a la continuación de un proceso que cursa ante una instancia judicial por

los herederos, cuando una de las partes fallece y que si bien la cónyuge no ha comparecido en tal condición si lo hicieron los hijos legítimos del causante, por lo que en caso de imponerse condena se haría a favor de la sucesión intestada del señor JOSE GLAUCO RODRÍGUEZ ROSERO. Agregó que una vez ésta sea liquidada, se acreditarán las calidades de legitimarios, por lo que consideró improcedente la suspensión de la diligencia de trámite para allegar las pruebas necesarias para acreditar la condición de cónyuge supérstite.

El proceso se dirimió en primera instancia por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pasto, mediante sentencia emitida en la citada fecha (Fls. 160 a 163 CD de audiencia), en la que se declaró que el accionante es beneficiario de la convención colectiva de trabajo suscrita entre CEDENAR S.A. y SINTRAELECOL, para el periodo 1º. de julio de 1984 y 30 de junio de 1986; que en virtud de esa norma convencional, adquirió la pensión de jubilación mediante Resolución No. 041 del 5 de febrero de 1985; que la pensión de jubilación extralegal antes indicada, reconocida a partir del 1º. de enero de 1985 es COMPATIBLE con la de vejez concedida por el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES el 1º. de mayo de 1992; es decir, tiene derecho a percibir las dos pensiones. Como consecuencia de tales declaraciones, condenó a CEDENAR S.A a pagar a favor de la sucesión intestada del demandante fallecido JOSÉ GLAUCO RODRÍGUEZ ROSERO, por concepto de retroactivo pensional convencional, las mesadas causadas desde el 10 de mayo de 2010 hasta la fecha de fallecimiento del causante, esto es, 15 de enero de 2015, incluidas las costas procesales. Para efecto de liquidar el monto de la condena, se tuvieron en cuenta las excepciones de prescripción parcial y pago, las que fueron declaradas como probadas por la *a quo*.

Para arribar a tal determinación, la falladora de instancia razonó que no existía duda que al demandante le fue reconocida la pensión de jubilación extra legal antes del 17 de octubre de 1985, esto es, 5 de febrero de 1985, como producto de la convención colectiva suscrita entre CENTRALES ELECTRICAS DE NARIÑO S.A y SINTRAELECOL, que rigió para los contratos vigentes entre los años 1994 a 1996, con base en la regla general pactada entre las partes. Respecto al tema de la compatibilidad de las pensiones, reseña la *a quo*, que en la convención colectiva nada se dijo en tanto las partes se limitaron a pactar el tiempo de servicio, así como la edad y los requisitos para adquirirla. En tal sentido, consideró la jueza, que mal puede hacer el empleador, en el acto del reconocimiento de la pensión o posteriormente, con el reconocimiento de tipo administrativo, imponer esa condición.

Concluyó entonces que efectivamente existe compatibilidad de las pensiones a partir del momento en que el INSTITUTO DE LOS SEGUROS SOCIALES reconoció la pensión legal de vejez, teniendo el demandante derecho a adquirir las dos pensiones.

RECURSO DE APELACIÓN

Las determinaciones referidas en precedencia, fueron recurridas oportunamente por la parte pasiva de la litis, así:

a) Frente al auto que denegó la suspensión de la diligencia para que se acredite la calidad de cónyuge

El apoderado judicial de CEDENAR S.A. E.S.P., formuló recurso de apelación en contra del auto que reconoció la calidad de sucesores procesales, con base en el art. 60 del C.P.C., aplicable al laboral por remisión analógica del art. 145 del C.P.L. y S.S., argumentando que es procedente aplazar el desarrollo de la audiencia de trámite, en aras de que el superior jerárquico *"sea quien revise si la ausencia del certificado de defunción de la cónyuge válida o inválida la sucesión procesal que en ésta oportunidad se discute"*.

b) Frente a la sentencia condenatoria

La misma parte procesal, vía apelación, solicitó se lo exonere del pago de las condenas impuestas en favor de la parte demandante, con fundamento en lo siguiente:

- Que la Convención Colectiva de Trabajo, suscrita entre CEDENAR S.A y SINTRAELECOL, consagraba una prestación económica con unos mismos supuestos fácticos que la pensión que reconoce el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES.
- Que desde el 1º. de abril de 1985, cuando cesa la actividad laboral del demandante, CENTRALES ELECTRICAS DE NARIÑO continuó cotizando de manera *"sagrada"* al ISS, los aportes patronales para efectos

de que cuando cumpliera la edad de 55 años, esto es, el 2 de mayo de 1992, sea éste quien asuma la carga pensional.

- Que no es posible que el demandante reciba 2 emolumentos por provenir de un mismo origen fáctico y por ende, una misma fuente de ingresos.

II. TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el trámite en esta instancia sin observar causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a examinar las decisiones atacadas en vía de apelación por la parte pasiva de la Litis, siguiendo los lineamientos de los artículos 57 de la ley 2ª. de 1984 y 66 A del C.P.L. y S.S., que regulan el principio de consonancia, previas las siguientes

CONSIDERACIONES

Conforme a lo indicado, la Sala concentrará su atención en resolver los siguientes problemas jurídicos, así: **i)** ¿Quiénes deben comparecer al proceso en calidad de sucesores procesales de la parte procesal fallecida?, y **ii)** ¿Es compatible la pensión de jubilación extralegal, otorgada con base en la convención colectiva de trabajo y la pensión de vejez, reconocida por el extinto INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, hoy COLPENSIONES?

TESIS DE LA SALA Y SOLUCIÓN A LOS PROBLEMAS JURÍDICOS PLANTEADOS

La Sala sostendrá la tesis que es innecesario que en calidad de sucesores procesales, bajo la figura regulada por el art. 60 del C.P.C., acudan todos los que consideren tener derecho sucesoral o vocación hereditaria, así como tampoco que comparezca el cónyuge o la cónyuge supérstite o se acredite su fallecimiento.

Igualmente que es compatible la pensión de jubilación conferida por la demandada con base en la convención colectiva de trabajo y la de vejez, reconocida en favor del demandante por el ISS, ahora COLPENSIONES, conforme lo sentenció la Jueza de primera instancia.

Para soportar la tesis antes expuesta, la Sala pasa a exponer los siguientes argumentos:

- **Sucesión procesal**

El artículo 60 del C. de P. C.¹, vigente para el momento en que se adoptan las decisiones objeto de alzada y aplicable al proceso adjetivo laboral por el principio de integración normativa, consagra la figura de la sucesión procesal o acción oblicua, como la posibilidad legal de que una persona –distinta del titular del derecho controvertido– provoque y siga un proceso, en su propio interés y actúe consiguientemente, como parte en el mismo; es decir, es el reemplazo total de una de las partes procesales que puede ocurrir por causa de muerte de la persona natural o extinción de la persona jurídica, que se halla en el proceso como actor o demandado, con quien continuará el asunto en el estado en que se encuentre y con todas las consecuencias que producirán como derivación de ese estado. Teniendo en cuenta que esta acción es facultativa, si no comparecen, en todo caso la sentencia producirá efectos respecto de ellos.

La sucesión procesal por muerte de un litigante permite el reconocimiento del cónyuge, albacea con tenencia de bienes o herederos en el proceso, siempre que los comparecientes prueben la respectiva calidad y manifiesten su deseo de ser reconocidos como tales en la actuación judicial ya iniciada.

¹ "ARTICULO 60. Sucesión procesal. Fallecido un litigante o declarado ausente o en interdicción, el proceso continuará con el cónyuge, el albacea con tenencia de bienes, los herederos, o el correspondiente curador.

Si en el curso del proceso sobrevienen la extinción de personas jurídicas o la fusión de una sociedad que figure como parte, los sucesores en el derecho debatido podrán comparecer para que se les reconozca tal carácter. En todo caso, la sentencia producirá efectos respecto de ellos aunque no concurran.

El adquirente a cualquier título de la cosa o del derecho litigioso, podrá intervenir como litisconsorte del anterior titular. También podrá sustituirlo en el proceso, siempre que la parte contraria lo acepte expresamente.

El auto que admite o rechaza a un sucesor procesal es apelable.

Las controversias que se susciten con ocasión del ejercicio del derecho consagrado en el artículo 1971 del Código Civil, se decidirán como incidente."

Lo anterior permite diferenciar la figura de la sucesión procesal del proceso de sucesión, en tanto la primera admite a quien acredite su condición de sucesor en el proceso, comparecer, intervenir y conocer de primera mano las resultas del proceso; mientras que el segundo, conlleva la adjudicación y partición de la masa sucesoral.

Así las cosas, no es imperativo, como erradamente lo increpa el apelante por pasiva, que en un proceso adelantado por un litigante, que en su curso fallece, comparezcan de manera forzosa el cónyuge, albacea con tenencia de bienes o herederos, sino quienes facultativamente, allegando la prueba que acredite la calidad alegada, deseen hacerlo. En todo caso, se insiste, la sentencia tiene efectos para todos, incluso los que no comparecen.

Descendiendo al caso sometido al examen de esta Colegiatura, se tiene que el thema decidendum a cargo de la falladora de primera instancia, es el regulado en el art. 60 del C.P.C., es decir, reconocer como sucesores procesales a los hijos del fallecido demandante, quienes comparecieron para tomar el proceso y llevarlo hasta su culminación, sin que resulte imperativo ni tampoco necesario, que además comparezca la cónyuge supérstite ni menos se requiera demostrar su fallecimiento, porque en todo caso, los efectos de la sentencia producirá efectos respecto de ellos, aunque no concurran.

De ahí que la decisión adoptada por la a-quo, de dar aplicación al referido artículo 60 del Estatuto Procesal Civil y no aplazar la diligencia para revisar la situación de la sociedad conyugal del extinto demandante, resulta ajustada a derecho y por ello, el auto materia de alzada será confirmado.

• **Compatibilidad de la pensión de jubilación extralegal con la pensión de vejez**

Predicó la falladora de primera instancia, en la sentencia que puso fin a tal actuación, que en atención a que el demandante era titular de una pensión de jubilación extralegal podía ser beneficiario, además y de manera plena, a la pensión de vejez legal que aquí reclama y por tanto, despachó favorablemente las pretensiones de la demanda.

Revisado el plenario se advierte, que en efecto el demandante se hizo acreedor y devenga una pensión de jubilación a cargo de su empleador CENTRALES ELÉCTRICAS DE NARIÑO S.A - CEDENAR S.A, la que le fue reconocida mediante Resolución No. 041 de 15 de febrero de 1985, en su condición de beneficiario de la convención colectiva de trabajo, pactada entre CEDENAR S.A y SINTRAEECOL, para el periodo 1º. de julio de 1984 y el 30 de junio de 1986 (Fls. 18 a 19).

Frente al tema de la compatibilidad de la pensión de jubilación convencional extralegal y la legal de vejez, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha sostenido reiteradamente que el Acuerdo 029 de 1985, aprobado por el Decreto 2879 de ese mismo año, es el referente necesario para establecer el alcance de las pensiones consagradas en fuentes extralegales, como el contrato de trabajo, pactos o convenciones colectivas, por cuanto las jubilaciones voluntarias, unilaterales o pactadas, anteriores al 17 de octubre de 1985, fecha en la cual entró en vigencia el artículo 5º del citado Acuerdo, por regla general son compatibles con la pensión de vejez a cargo del Instituto de Seguros Sociales, impartiendo esa directriz jurisprudencial que no ha sido consagrado en texto legal alguno.

De ahí que la citada Corporación en sentencia del 13 de febrero de 2008, radicación 31581, magistrada ponente, Dra. ELSY DEL PILAR CUELLO CALDERÓN, expresó: *"si del texto del acuerdo, laudo, o de la decisión unilateral del empleador, se desprende que hubo explícita manifestación de compartir, con el ente asegurador, la prestación, debe estarse, en virtud de los principios generales de los actos jurídicos, a ese propósito inequívoco. Pero si en el acto convencional, arbitral o unilateral, anterior al 17 de octubre de 1985 –se reitera–, nada se manifiesta sobre la indiscutible decisión de hacer compartible, la carga pensional del patrono una vez el beneficiario acceda a la prestación por vejez consagrada en la ley, quiere decir ello que las dos pensiones son compatibles"*.

Tal criterio jurisprudencial es acogido como propio por esta Corporación y lo aplica en el presente caso, por cuanto no se discute que la pensión de jubilación reconocida al actor por la demandada, tuvo efectos legales a partir del 1º. de enero de 1985; es decir, antes de la vigencia del Acuerdo 029 de ese año, soportada en la Convención Colectiva de Trabajo vigente entre el 1º. de julio de 1984 y el 30 de junio de 1986, depositada dentro de la oportunidad legal, como se acredita a folio 38 y arrimada al plenario en debida forma, misma que sobre el citado

derecho, en la cláusula DÉCIMO NOVENA (Fls. 30-31), establece:

"Los trabajadores adquirirán el derecho a pensión de jubilación al cumplir veinte (20) años de servicios a entidades oficiales o semioficiales, de los cuales catorce (14) hayan sido trabajados en forma continua en Centrales Eléctricas de Nariño S.A., con una edad de cuarenta y cinco años (45) como mínimo.

El requisito de la edad y tiempo rige para los trabajadores que en 31 de diciembre de 1976 hubiesen cumplido diez (10) años de servicio continuo en CEDENAR.

El trabajador que el 31 de diciembre de 1976 no tuviese diez años de servicios continuos en CEDENAR y que habiendo cumplido cuarenta y ocho (48) años de edad, tendrá derecho a jubilarse con veinte (20) años de servicio a entidades oficiales y semioficiales de los cuales quince (15) años deben servicios continuos a CEDENAR.

Para el personal femenino no se tendrá en cuenta la edad".

Con base en la anterior normativa convencional, se plasmó la voluntad manifiesta de empleador y sindicato, de mantener el derecho de aquellos trabajadores que ya tenían más de 14 años de servicios a la entidad, a jubilarse con 45 años de edad, según se lee en el inciso primero; sin embargo, nada se pactó acerca de limitar el derecho bajo la figura de una compartibilidad pensional, esto es, que dicha prestación sea subrogada por la entidad administradora de pensiones, debiendo el empleador a partir del reconocimiento legal, asumir únicamente el mayor valor, si lo hubiere, por lo que no se podía alterar o modificar, como erradamente lo hizo la llamada a juicio, la expresa voluntad de las partes, contenida en la preceptiva convencional.

Así las cosas, las pensiones de jubilación de carácter patronal y vejez reconocidas por el extinto ISS al actor son compatibles, aunado a que sus fuentes de financiación son disímiles, en tanto que la primera se paga con recursos propios de la demandada y la segunda, con las cotizaciones del afiliado giradas a los recursos del Sistema de Seguridad Social de Pensiones para el régimen de prima media, que constituyen un fondo común de reparto de naturaleza pública, en donde la Nación es garante. De ahí que tampoco ese argumento de apelación sea de recibo para que tales prestaciones se excluyan entre sí.

Corolario de lo analizado, deviene en indiscutible que no existe la incompatibilidad deprecada por el censor entre las prestaciones económicas pensionales aducidas, por lo tanto, se confirmará íntegramente la decisión emitida en primera instancia, en tanto el valor del retroactivo pensional ni los demás puntos decididos en primera instancia fueron objeto de reproche.

III. COSTAS

De conformidad con lo dispuesto en el numeral 2.1.1 del Acuerdo No. 1887 de 2003, expedido por la Sala Administrativa del H. Consejo Superior de la Judicatura y el artículo 365 del C.G.P., se tiene que dadas las resultas en esta instancia se impondrán costas a cargo de la parte demandada, fijándose como agencias en derecho el equivalente a un (1) smmlv, esto es la suma de \$689.455,00.

IV. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PASTO, Sala de Decisión Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO. CONFIRMAR en su integridad el auto y la sentencia, proferidos el 27 de julio de 2015, por el Juzgado

Tercero Laboral de Circuito de Pasto, objetos de apelación, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO. CONDENAR en costas en esta instancia a la parte demandada y a favor de la parte demandante, fijándose como agencias en derecho el equivalente a un (1) smmlv, esto es, la suma de \$689.455.

NOTIFÍQUESE Y DEVUÉLVASE

El fallo que antecede fue discutido y aprobado en sesión de esta fecha, según Acta No. y se notifica a las partes en ESTRADOS.

Se declara surtida la presente audiencia y en constancia se firma por los que en ella intervinieron.

CLARA INÉS LÓPEZ DÁVILA

Magistrada Ponente

CLAUDIA CECILIA TORO RAMÍREZ

Magistrada

JUAN CARLOS MUÑOZ

Magistrado

PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES – REQUISITOS – CONVIVENCIA: Debe ser real y efectiva. / **CONVIVENCIA:** Si ésta se pierde, de manera que desaparezca la vida en común de la pareja, su vínculo afectivo, se deja de ser miembro del grupo familiar del otro, por lo que igualmente se deja de ser beneficiario de su pensión de sobreviviente – Procedencia de la revocatoria de la decisión de primera instancia y de declarar probada la excepción de cobro de lo no debido y de oficio la excepción de inexistencia del derecho, teniendo en cuenta que el actor no demostró los cinco años de convivencia en cualquier tiempo para ser considerado beneficiario de la pensión de sobrevivientes; en tanto no bastaba con demostrar el vínculo matrimonial con la causante, la vigencia de la sociedad conyugal y la separación de hecho, era necesario probar la efectiva convivencia acreditando “ser miembro del grupo familiar”, que haya mantenido vivo y actuante su vínculo, mediante el auxilio mutuo, entendido este como acompañamiento espiritual y moral permanente, apoyo económico y vida en común; ni menos acreditó las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se dio la separación, ni adujo las razones del por qué, no obstante haberse producido ésta, mantuvieron su vínculo matrimonial vigente o que el rompimiento haya sido de manera excepcionalísima por cuestiones de índole laboral, enfermedad, situaciones económicas o ajenas a su voluntad, pero que siempre se mantuvo la vida en común como pareja o su vínculo afectivo./

**República de Colombia
RAMA JUDICIAL**

**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE PASTO
SALA DE DECISIÓN LABORAL
ACTA DE AUDIENCIA**

Magistrado Ponente: Dr. Víctor Hugo Orjuela Guerrero

PROCESO ORDINARIO No. 520013105002 – 2014 – 00335 – 01 (302)

En San Juan de Pasto, siendo el día y hora previamente señalados para la celebración de la presente audiencia, los señores Magistrados integrantes de la Sala Unitaria de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, doctores **VÍCTOR HUGO ORJUELA GUERRERO, CLAUDIA CECILIA TORO RAMÍREZ y JUAN CARLOS MUÑOZ**, en asocio del Secretario, se constituyen en **AUDIENCIA PÚBLICA** dentro del proceso **ORDINARIO LABORAL** instaurado por **LAURENCIO ALIRIO ÁLVAREZ CEBALLOS** en contra de la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP**, radicado bajo el número **520013105002 – 2014 – 00335 – 01 (302)**. Preside la presente audiencia y la declara abierta, **VÍCTOR HUGO ORJUELA GUERRERO**, en calidad de Magistrado Ponente. Acto seguido, el señor Secretario informa que las partes se encuentran debidamente notificadas.

Se deja constancia que el respectivo proyecto de fallo fue puesto a consideración de la Sala y estando debidamente aprobado, se procede a dictar la siguiente **SENTENCIA**

1. ANTECEDENTES

1.1 DEMANDA

El señor **LAURENCIO ALIRIO ÁLVAREZ CEBALLOS**, mayor de edad, debidamente identificado en el plenario, a través de apoderada judicial, mediante escrito presentado el 22 de agosto de 2014 (Fls. 1 a 8) demandó por la vía ordinaria laboral de primera instancia a la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP**, para que el Juzgado de conocimiento,

en sentencia de mérito que haga tránsito a cosa juzgada material, se le condene al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes a partir del 19 de enero de 2013, fecha de fallecimiento de la señora ZOILA INÉS ZAMBRANO DE ÁLVAREZ, e igualmente al pago de las mesadas adeudadas, la indexación, los intereses moratorios y las costas procesales.

Los hechos en que se fundan dichas pretensiones se sintetizan en:

- Que la señora ZOILA INÉS ZAMBRANO DE ÁLVAREZ (q.e.p.d), falleció el 19 de enero de 2013, y fue pensionada de la extinta Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero, recibiendo para la fecha de fallecimiento una mesada pensional de \$ 1.409.540.31.
- Que la señora ZOILA INÉS ZAMBRANO DE ÁLVAREZ (q.e.p.d) y el demandante contrajeron matrimonio por el rito católico el 10 de noviembre de 1973, de cuya unión procrearon una hija de nombre MARGARITA DEL PILAR ÁLVAREZ ZAMBRANO.
- Que mantuvieron vigente su sociedad conyugal hasta el deceso de su esposa, y que en vida le brindó la ayuda que requirió durante el tiempo de convivencia, en lo relacionado a sus cuidados por salud y enfermedad, y en todo momento le brindó ayuda mutua.
- Que en septiembre de 2013, solicitó ante el Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia, el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, el cual fue negado mediante Resolución No 4365 del 12 de noviembre de 2013.
- Que interpuso recurso de reposición, el cual fue trasladado a la UGPP mediante oficio URP 00158 del 24 de enero de 2014.
- Que la UGPP mediante auto No. ADP005412 del 26 de mayo de 2014, resolvió el recurso de reposición negándole la pensión de sobrevivientes.

1.2 TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA

El presente proceso correspondió por reparto al Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pasto, despacho que admitió la demanda mediante auto del 22 de septiembre de 2014 (Fls. 28 y 29), ordenando la notificación y el traslado a la parte accionada. Igualmente corrió traslado de la existencia del presente proceso al Ministerio Público (Fl. 96) y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado (Fls. 82).

La UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP, se notificó por conducta concluyente (Fls. 67 y 68) y contestó la demanda mediante escrito radicado el 02 de febrero de 2015 (Fls. 74 a 81), oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones formuladas en razón a que existe duda razonable en cuanto a la convivencia por espacio de 5 años con antelación al fallecimiento entre el demandante y la causante pensionada, debido a que así lo concluye de las declaraciones rendidas por la hija (Margarita del Pilar Álvarez Zambrano) y de su hermana y de la otra testigo, quienes a su parecer dan cuenta que si bien estuvo casado con la causante, jamás existió la convivencia, y por lo tanto debe desestimarse el derecho prestacional económico solicitado; en tal sentido, postuló como excepción previa la que denominó *"INEPTA DEMANDA"*, y como excepciones de mérito: *"COBRO DE LO NO DEBIDO"*, *"INEXISTENCIA DE NEGLIGENCIA Y MALA FE POR PARTE DE LA ENTIDAD"*, *"PRESCRIPCIÓN"*, y *"SOLICITUD DE RECONOCIMIENTO OFICIOSO DE EXCEPCIONES"*.

Dicho acto procesal de parte fue acogido por auto del 20 de mayo de 2015, mediante el cual se tuvo por contestada la demanda (Fls. 83 y 84).

1.3 DECISIÓN DE PRIMER GRADO

El proceso se dirimió en primera instancia por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pasto, quien profirió sentencia el 07 de junio de 2016 (Fls. 99 a 104 y CD de la audiencia), condenando a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP - a reconocer y pagar la pensión de sobrevivientes de manera vitalicia en favor de LAURENCIO ALIRIO ÁLVAREZ CEBALLOS a partir del 19 de enero de 2013, prestación que para el año 2016 asciende a la suma de \$ 1.590.312.89; a pagar un retroactivo de \$ 64.499.051 por las mesadas causadas entre el 20 de enero de 2013 hasta el 30 de junio de 2016, la indexación por un valor de \$ 11.044.491; declaró probada la excepción de *"inexistencia de negligencia"*

ni mala fe de parte de la entidad", y condenó a la accionada a pagar las costas procesales.

Para dictar tal determinación, la a-quo luego de esbozar con amplitud y precisión la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, relativa al temática de la pensión de sobrevivientes en especial a la acreditación de la convivencia, concluyó que el actor reúne los requisitos para ser beneficiario de la prestación reclamada, en tanto, si bien no se acreditó que los 5 años de convivencia hayan sido anteriores al deceso, si demuestra la convivencia por el lapso exigido en cualquier tiempo, situación que se corrobora teniendo en cuenta que el vínculo matrimonial estuvo vigente, en razón a que no se evidencia separación de cuerpos o divorcio, además de sostener que la separación de hecho no hace nugatorio el derecho, en razón a que puede justificarse que la misma sucedió por razones de índole laboral, tal como ocurrió en el presente caso, y por tanto, coligió con base en la prueba testimonial, que hay lugar al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes en cuantía igual a la pensión percibida por la causante; de igual forma, inflige condena por retroactivo e indexación y la absuelve de los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

1.4 APELACIÓN:

La determinación emitida en primera instancia, fue recurrida por la parte demandada a través de su mandataria judicial, quien apeló la sentencia argumentando que debe negarse la pensión de sobrevivientes en razón a que no se demostró que haya existido la convivencia por el lapso de 5 años, ni anteriores al deceso, ni en cualquier tiempo, tiempo exigido por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, además de reparar en que jamás convivió con la madre y la hija, ni tuvieron apoyo sentimental, psicológico, moral y económico del demandante, pues quién asumió toda la responsabilidad fue la causante.

Igualmente, solicita que no se condene en costas, ya que la conducta de la UGPP no ha sido temeraria, abusiva o dilatoria, ya que existió duda razonable para el no reconocimiento de la pensión, a tiempo de actuar de buena fe la entidad.

1.5 CONSULTA

Teniendo en cuenta la decisión adoptada en primera instancia, procede la Sala atendiendo el grado jurisdiccional de consulta, a examinar la sentencia en su integridad, sin limitaciones de ninguna naturaleza, al tenor de lo establecido en el artículo 69 del C. P. del T. y la S.S., modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007, por resultar ésta adversa a los intereses de la demandada UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL -UGPP-, entidad de la cual la Nación es garante.

2. ANÁLISIS DE LA SALA

Surtido el trámite en segunda instancia y al no advertir causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala por vía de apelación a resolver los puntos de censura enrostrados por la parte activa de la Litis siguiendo los lineamientos del artículo 66-A del C.P. del T. y de la S.S. sobre el principio de consonancia, y a examinar en su integridad la sentencia en el grado jurisdiccional de consulta en favor de la entidad accionada UGPP, para lo cual se plantea el estudio del siguiente:

2.1 PROBLEMA JURÍDICO:

Conforme el tema decidendi objeto de discusión, la Sala entrará a dilucidar **i)** ¿Si el demandante cumple los requisitos para obtener pensión de sobrevivientes con ocasión del fallecimiento de la señora ZOILA INÉS ZAMBRANO DE ÁLVAREZ (q.e.p.d)?

2.2 TESIS DE LA SALA Y SOLUCIÓN A LOS PROBLEMAS JURÍDICOS PLANTEADOS

El sentido del fallo de esta Corporación será revocatorio, en razón a que, el actor incumplió con la carga de probar la convivencia como pareja con la señora ZOILA INÉS ZAMBRANO DE ÁLVAREZ (q.e.p.d) pese a mantener el vínculo matrimonial vigente por no haberse presentado ninguna causal legal de disolución del mismo, por espacio no inferior a 5 años en cualquier tiempo, o que durante toda su vida marital se haya producido la ruptura

de la convivencia o de manera excepcionalísima por cuestiones de índole laboral, por enfermedad, por situaciones económicas o ajenas a su voluntad, pero siempre manteniendo la vida en común como pareja o su vínculo afectivo, pues al desaparecer esta situación, y al no demostrarse que por lo menos en un lapso no inferior de 5 años en cualquier tiempo convivieron como pareja, la consecuencia es que se causa el derecho a acceder a la pensión de sobrevivientes, en los términos del artículo 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 12 y 13 de la Ley 797 de 2003.

Respecto de la condena en costas, por las resueltas del proceso, habrá de condenarse en costas a la parte demandante y a favor de la entidad demandada.

Las tesis antes expuestas se soportan en los planteamientos que pasan a exponerse:

2.2.1 FALLECIMIENTO DEL CAUSAHABIENTE DEL DERECHO

En primera medida se tiene que, está probado el fallecimiento de la señora ZOILA INÉS ZAMBRANO ROJAS, suceso que tuvo ocurrencia el día 19 de enero de 2013, conforme la documental obrante a folio 13, consistente en Registro Civil de defunción.

2.2.2 NORMATIVIDAD APLICABLE

Establecido lo anterior y, en vista de que el deceso de ZOILA INÉS ZAMBRANO ROJAS (q.e.p.d.) tuvo ocurrencia el 19 de enero de 2013, la normatividad que le resulta aplicable es la contenida en la ley 100 de 1993, modificada por la ley 797 del 2003, específicamente en los artículos 12 y 13.

2.2.3 REQUISITOS PARA OBTENER LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES.

- CALIDAD DEL CAUSANTE.

En el caso sub judice, se trata del reconocimiento de la pensión de sobrevivientes por muerte del pensionado, en razón a que la señora ZOILA INÉS ZAMBRANO ROJAS, fue pensionada por la extinta Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero, a través de la Resolución No 0012 del 25 de enero de 1982, situación que se enmarca dentro de los supuestos fácticos contenidos en el art. 46 de la ley 100 de 1993, modificado por el art. 12 de la ley 797 del 2003, al señalar en su numeral 1) que tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez o invalidez por riesgo común que fallezca.

2.2.4 CALIDAD DE BENEFICIARIO DEL DEMANDANTE

2.2.4.1 CÓNYUGE

Obra a folio 12, registro civil de matrimonio, en el que se señala que el demandante contrajo matrimonio con la causante el 10 de noviembre de 1973, encontrándose con ello probada tal calidad.

2.2.4.2 EDAD

La documental obrante al folio 11, correspondiente al Registro Civil de Nacimiento, da cuenta del nacimiento del actor el 28 de mayo de 1943, esto es, que para la fecha del deceso de la causante el mismo contaba con 69 años de edad; no obstante, también da cuenta que procrearon una hija, y por tanto, procederá la Sala a aplicar el contenido del literal a) del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, esto es, el estudio de la pensión en forma vitalicia, si hay lugar a ello.

2.2.4.3 CONVIVENCIA

Respecto del requisito de la convivencia, señala el artículo 47 de la ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la ley 797 del 2003, que se considera beneficiario de la pensión de sobrevivientes el cónyuge o compañero permanente que acredite la existencia de vida marital con el causante por espacio mínimo de cinco años, requisito

que debe ser acreditado por los eventuales beneficiarios del afiliado y del pensionado, tal como lo adocina la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, en sentencia con radicación No 38213 del 28 de septiembre de 2010, donde sostuvo que la convivencia le incumbe probarla a quien realiza tal aseveración.

Al punto, en reciente sentencia con radicación No 47173 (SL12442-2015), M.P. Jorge Mauricio Burgos Ruiz, el máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria, Sala de Casación Laboral, frente al tema de la convivencia, luego de referirse a toda la línea jurisprudencial vertida respecto de la aplicación del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, en lo que interesa al debate planteado en el plenario, asiente que si bien la prestación económica de supervivencia no podía ser negada al cónyuge con vínculo matrimonial indemne por la circunstancia de no tener sociedad conyugal vigente, en razón a que los efectos civiles del matrimonio cesan con el divorcio vincular de conformidad con la ley civil, lo cierto es que para otorgarle la prestación económica debe necesariamente demostrar vida en común entre los esposos por un lapso no inferior a cinco (5) años en cualquier tiempo, y ese sentido asienta:

"En otras palabras, el amparo se concibe en la medida en que quien reivindica el derecho merezca esa protección, en cuanto forma parte de la familia del causante en la dimensión en que ha sido entendida por la jurisprudencia de la Sala, referida en el caso de los cónyuges, a quienes han mantenido vivo y actuante su vínculo mediante el auxilio mutuo -elemento esencial del matrimonio según el artículo 113 del C.C.- entendido como acompañamiento espiritual permanente, apoyo económico, aún en casos de separación y rompimiento de la convivencia (CSJ SL, 10 de may. 2005, rad. n° 24445.

((...))

Una comprensión distinta orientada por la aplicación fría y exegética del artículo 47 de la ley 100 de 1993, que en el caso del cónyuge separado de hecho, por la sola existencia del lazo matrimonial, sin la presencia de ese vínculo dinámico y actuante de solidaridad y acompañamiento espiritual y económico, aún en la separación, permitiera el beneficio de la prestación periódica por muerte, dejaría vacía de contenido la protección de la familia que la ley verdaderamente quiere amparar. En esa medida aquel cónyuge a quien se le dispense el derecho a pesar de haber cesado la vida en común con el causante al momento del fallecimiento, además de la convivencia por un lapso no inferior a 5 años en cualquier tiempo, deberá demostrar que se hace acreedor a la protección, en cuanto efectivamente hace parte de la familia del pensionado o afiliado fallecido, y por esa razón su muerte le ha generado esa carencia económica, moral o afectiva, que es la que busca".

Ese supuesto de la pervivencia de la condición del ser miembro de la familia del causante en los términos precisados por la jurisprudencia, no obstante la separación de hecho, debe ser probado por el cónyuge que reclama la prestación, salvo que demuestre que esa pertenencia al grupo familiar no ha perdurado por situaciones ajenas a su voluntad".

Para abundar en razones y dejar sentada la postura al respecto de la decisión que se emite en esta instancia, es preciso connotar que el requisito de la convivencia exige una especial cualificación, vale decir, que debe ser **real y efectiva** entre quien reclama el derecho y el causante, dado que esta depende de la acreditación de "ser miembro del grupo familiar", para lo cual, in extenso, la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en la sentencia con radicación No 32393 del 20 de mayo de 2008, a la que se alude en la sentencia SL1510-2014, adocina que en todos los eventos que trae el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, el cónyuge o la compañera o compañero permanente, deben "ser miembros del grupo familiar", y esa especial condición la detenta, como lo asevera la Sala de Casación Laboral del máximo tribunal de la justicia ordinaria en la sentencia del 5 de abril de 2005 (rad. 22560):

<...quienes mantengan vivo y actuante su vínculo mediante el auxilio mutuo, entendido como acompañamiento espiritual permanente, apoyo económico y vida en común, entendida ésta, aún en estados de separación impuesta por la fuerza de las circunstancias, como podrían ser las exigencias laborales o imperativos legales o económicos, lo que implica necesariamente una vocación de convivencia, que indudablemente no existe respecto de aquellos que por más de veinticinco años permanecieron separados de hecho, así en alguna oportunidad de la vida, teniendo esa condición de cónyuge o compañero (a) permanente, hubieren procreado hijos.

"Si la convivencia se pierde, de manera que desaparezca la vida en común de la pareja, su vínculo afectivo, en el caso del cónyuge o compañero (a) permanente, se deja de ser miembro del grupo familiar del otro, por lo que igualmente se deja de ser beneficiario de su pensión de sobreviviente, en los términos del artículo 46."

2.2.3 CASO CONCRETO.

De los anteriores basamentos jurisprudenciales, pasa esta Sala a definir, si el demandante acredita los 5 años de convivencia en cualquier tiempo para ser acreedor de la pensión de sobrevivientes, pues el punto de censura estriba en la no acreditación de este requisito.

Lo primero que hay que dejar sentado, es que los 5 años de convivencia que exige la norma pensional con el desarrollo jurisprudencial decantado, como en el caso particular del contendiente judicial por activa están referidos a cualquier tiempo, inclusive, se ha considerado que pueden acreditarse antes del reconocimiento de la pensión, en el sentido que quien reclame el derecho, haya participado en la construcción de dicha convivencia, y haya estado presente durante el periodo de consolidación del derecho pensional (SL12445 del 2015), lo anterior, permite concluir a la Sala que respecto del punto de censura no es un imperativo que el demandante deba de acreditar los 5 años de convivencia como mínimo inmediatamente anteriores al deceso, y si no lo hace, pudiera hacerse nugatorio su derecho, puesto que el tiempo de convivencia está referido a un marco temporal más amplio, vale decir, *"en cualquier tiempo"*, como se analizará más adelante.

Tenemos que, considerando la anterior arista, afirma el demandante en el libelo genitor que: *"mantuvieron vigente su vida conyugal hasta su muerte"*, y que *"brindó a su difunta esposa, la ayuda que requirió durante el tiempo de convivencia, incluyendo los momentos de enfermedad en las cuales la acompañaba al médico, estaba pendiente de sus medicinas y seguía las instrucciones dadas por los gealeanos, fue quien estuvo presente en todo momento brindándole solidaridad y ayuda mutua"*; sin embargo, no trae al diligenciamiento ningún elemento probatorio del cual el juzgador pudiera formar su convencimiento, siendo que ello se prueba preferentemente a través de testimonios, no habiendo sido impetrada prueba testimonial alguna a instancia del demandante en el trámite procesal, ahora, si bien existe la versión del contendiente judicial por activa en el interrogatorio de parte, lo cierto es que, sus afirmaciones no podrían ser tenidas como confesión por no cumplir las exigencias del artículo 191 del C.G.P, y tampoco resulta admisible por provenir de la parte interesada, quien no puede construir su propia prueba, pese a ello, llama la atención cuando al inquirírsele la razón por la que convivían de manera separada, adujo que fue por cuestiones laborales, sin precisar exactamente a partir de qué fecha dichas circunstancias se produjeron, y luego asevera que lo fue porque la causante no quería dejar la hermana sola en Sandoná, y más adelante, pese a que tanto la hermana de la causante como la madre del demandante ya habían fallecido, al preguntársele porque no pensaron en vivir nuevamente juntos, si el motivo de estar separados ya había desaparecido, respondió que ahora la causante no dejaba *"la vaina de las fincas"* y *"nos llevábamos bien como estábamos"*, es decir, que no existe en el dicho del litigioso por activa la suficiente consistencia y precisión frente a la razón o motivo que determinó su apartamiento de la causante por el rompimiento de la convivencia pese a estar vigente el vínculo matrimonial, y que amerite por esta Colegiatura otorgar un derecho a quien no acredita de manera fehaciente, como lo establece la H. Corte Suprema de Justicia, que la separación sea *"impuesta por la fuerza de las circunstancias, como podrían ser las exigencias laborales, enfermedad, imperativos legales o económicos o situaciones ajenas a su voluntad"*.

Por su parte, la entidad accionada señala que no existió la convivencia entre el demandante y la causante, y para corroborar su dicho, trae al procesos los testimonios de GLORIA DEL CARMEN CABRERA LUNA, quien al preguntársele sobre la relación entre el demandante y la causante, si bien manifiesta que no le consta, aclara que ello obedece a que nunca vivieron juntos, y pese a que en algunas de sus respuestas aduce que fue porque su tío le informó, en lo que interesa al punto toral de discusión de la convivencia sus afirmaciones están en dirección a establecer que el demandante nunca vivió con la causante, pero que no sabe el motivo.

Respecto a la declaración rendida por la señora MADIELA ODILIA CASTILLO ARCOS, quien fuera amiga de la causante, frente al punto de la convivencia si bien no aporta mayores elementos de convicción, pues afirma que *"se supo que se casaron"* y se *"supo después que tuvo la niña"*, es decir, que no conoció de manera directa como fue la relación y la convivencia real y efectiva entre el demandante y la causante, se rescata de su relato que como profesora de la hija de ellos, nunca observó al demandante, y siempre consideró que las funciones de papá y mamá las ejercía la causante, que ella era reservada en su situación sentimental, pero que en una ocasión le comentó que *"Alirio vino, me vino a decir que le dé platica"*, que jamás vio al demandante los fines de semana, inclusive no lo conocía bien; que en una ocasión antes de fallecer la encontró en la capilla de Maridiaz, y le comentó que vivía con la hermana, de nombre Lucia, quien la acompañaba en silla de ruedas.

En relación con la deponente JOSEFINA ZAMBRANO DE PARRA, se llega a la misma conclusión que la a quo, en tanto asoma en su dicho visos de parcialidad, pues adujo que *"nosotros éramos resentidos porque nunca se hizo presente de mi hermana"*, luego, sus manifestaciones respecto a la convivencia, se encuentran ausentes de espontaneidad e imparcialidad, además de vivir 40 años en Pasto, y no en Sandoná.

Ahora bien, sobre el testimonio decretado de oficio por la a quo y rendido por el señor JOSE ANCIZAR PABÓN, quien señala ser una persona muy cercana y amigo de la pareja, para la Sala refulgen varias contradicciones: al inquirírsele sobre él por qué no estuvo presente en el matrimonio del demandante y la causante, manifestó que en ese tiempo se encontraba en Bogotá prestando servicio militar, precisando que se fue a Bogotá en el año de 1957 hasta el año de 1967; sin embargo, advierte la Sala que el matrimonio tuvo lugar el 10 de noviembre de 1973, es decir, que ab initio su dicho ya no resulta creíble. Así mismo, expresa que el demandante siempre estaba pendiente de la causante, pero que le consta porque se lo dijo el demandante, no porque directamente lo haya presenciado. De otra parte, al preguntársele con qué frecuencia iban a Sandoná o en qué periodos de tiempo, primero informa que del 71 al 83, luego *"más o menos entre esos periodos del 79 al 80"*; por último la a quo, ante la vaguedad de sus respuestas sin lograr concretar en qué periodos de tiempo o en qué época le consta la convivencia, informa que fue entre el 71 al 83; empero, si el matrimonio tuvo lugar en 1973, y siendo que le consta la convivencia desde 1971, surge para la Sala el interrogante de si el deponente era realmente buen amigo de la pareja en mención por qué no concurrió al acto matrimonial, y por qué asienta que este no le consta, sino que se enteró porque el demandante le contó, siendo que según el dicho del precitado para el año de 1973 estaba en Bogotá.

De igual forma, si bien manifiesta el señor JOSÉ ANCIZAR PABÓN quien dice unirlos fuertes lazos de amistad con el demandante y la causante, que iban a Sandoná, y en alguna ocasión fueron con otros amigos a la casa de la señora ZOILA, con tales asertos no se demuestra la convivencia entre quien reclama hoy el derecho y la causante, pues no detalla cómo era la vida de pareja y afectiva entre ellos, cómo fue la ayuda mutua, tanto emocional, psicológica y económica, y en concreto desde cuándo hacían vida en común y cuál fue el motivo en concreto que dio lugar a que se mantuviera el vínculo matrimonial pese a vivir distante del lugar de residencia de la causante.

En este punto debe tenerse en cuenta que la Corte Suprema de Justicia, ha propalado que al promotor del proceso, no le basta con demostrar el vínculo matrimonial con el pensionado fallecido, la vigencia de la sociedad conyugal y la separación de hecho, sino que debe probar la efectiva convivencia con éste y el tiempo de duración de la misma (Radicación No 29051 del 04 de junio de 2007), lo cual traído al sub judice resulta apropiado, pues si bien en el plenario se encuentra demostrado el vínculo matrimonial a partir del 10 de noviembre de 1973, lo cierto es que el actor no asumió su *"onus probandi"*, carga procesal de la cual no puede liberarse, pues *"incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen"* (art.167 C.G.P.).

Debe tenerse en cuenta que no se demostró, tal como lo indica el actor en el hecho tercero y séptimo del libelo genitor, que haya mantenido vivo y actuante su vínculo, mediante el auxilio mutuo, entendido este como acompañamiento espiritual y moral permanente, apoyo económico y vida en común, pues a contrario sensu, se concluye, que no es posible, ni ajustado a derecho reconocer una prestación económica periódica, cuya finalidad es atender la situación de necesidad a la que se ven expuestas las personas que dependían económicamente del causante al dejar de percibir lo que aquel les prodigaba para su subsistencia, a una persona que después de contraer matrimonio se alejó de su esposa, obtuvo provecho económico, no la asistió durante su enfermedad, no fue solidario con sus necesidades, ni tampoco demostró cómo se desarrollaba su vida afectiva y se prestaban socorro mutuo, entendido este último ayuda mutua, tanto emocional, psicológica y económica durante la vigencia de su vínculo matrimonial; ahora, con ello, no se trata de excluirlo de la prestación económica bajo el señalamiento de cónyuge culpable, sino por el contrario, dejar sentado que quien reclama el derecho debe hacerse merecedor a él, demostrando la convivencia efectiva con la causante pensionada durante al menos 5 años.

Por tanto, en el sub judice, el actor no desplegó ninguna actividad probatoria enderezada a demostrar la convivencia real y efectiva y vínculo afectivo con la causante, las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se dio o se presentó el rompimiento o separación de la misma, pues no asumió en el libelo genitor ninguna postura probatoria acorde a las exigencias de la comprobación de los requisitos exigidos para convertirse en derechohabiente a la pensión deprecada. Por manera que no emerge del recaudo probatorio ningún elemento de convicción que permita explicar el por qué el actor con la causante si bien mantuvieron su vínculo matrimonial

vigente, estuvieron prácticamente separados a lo largo del mismo, a partir de qué fecha aproximada y por qué razones puntuales que lo justificara, y si pese a ello, continuaron haciendo vida de pareja y su comportamiento en todas las facetas de su vida inequívocamente así lo indicara por un lapso mínimo de 5 años en cualquier tiempo, o en otros términos, que el rompimiento de la convivencia haya sido de manera excepcionalísima por cuestiones de índole laboral, por enfermedad, por situaciones económicas o ajenas a su voluntad, pero, siempre manteniendo la vida en común como pareja o su vínculo afectivo, pues al desaparecer esta situación, la consecuencia obligada es el no reconocimiento de la condición de beneficiario de la pensión de sobrevivientes, en los términos del artículo 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 12 y 13 de la Ley 797 de 2003.

Colofón de lo dicho, no le queda otro camino a esta Colegiatura que revocar el derecho pensional reconocido en la sentencia objeto de la alzada.

2.2.6 EXCEPCIONES

Dentro de la oportunidad legal, la demandada UGPP propuso las excepciones de mérito que denominó *“COBRO DE LO NO DEBIDO”, “INEXISTENCIA DE NEGLIGENCIA Y MALA FE POR PARTE DE LA ENTIDAD”, “PRESCRIPCIÓN”, y “SOLICITUD DE RECONOCIMIENTO OFICIOSO DE EXCEPCIONES”*, las cuales por las resueltas del proceso se declara probada la excepción de COBRO DE LO NO DEBIDO, y de oficio la excepción de INEXISTENCIA DEL DERECHO Y LA OBLIGACIÓN.

3. COSTAS

- De primera instancia

Teniendo en cuenta lo previsto en el Acuerdo 1887 de 26 de junio de 2003, proferido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura que determina las tarifas de las agencias en derecho, y en virtud de la facultad que le otorga el artículo 43 de la Ley 794 de 2003, que señala como criterios para aplicar gradualmente las tarifas establecidas la naturaleza del asunto, la “calidad y duración útil de la gestión ejecutada por el apoderado o la parte que litigó personalmente”, se condenará en costas de primera instancia a la parte demandante, fijándose como agencias en derecho una suma equivalente a la mitad de un SMLMV, esto es, \$344.727.

- De segunda instancia

Con base en los mismos fundamentos normativos y teniendo en cuenta que si bien se surtió la apelación, también se dio curso al grado jurisdiccional de consulta, por virtud del cual se revisó en su integralidad la demanda, no se impondrán costas por no haberse causado.

4. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley.

RESUELVE:

PRIMERO. REVOCAR la sentencia calendada el 07 de junio de 2016, proferida en el presente asunto por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pasto, objeto de apelación y grado jurisdiccional de consulta, para en su lugar **ABSOLVER** a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP- de todas y cada una de las pretensiones incoadas en la demanda por parte de LAURENCIO ALIRIO ÁLVAREZ CEBALLOS, de notas civiles conocidas en autos.

SEGUNDO. DECLARAR probada la excepción de cobro de lo no debido propuesta por la UGPP, y de oficio la excepción de inexistencia del derecho y la obligación a cargo de la entidad demandada.

TERCERO.- CONDENAR en costas de primera instancia al demandante LAURENCIO ALIRIO ÁLVAREZ CEBALLOS y en favor de UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP, fijándose como agencias en derecho una suma equivalente a la mitad de un SMLMV, esto es, \$344.727.

CUARTO.- SIN LUGAR a condenar en COSTAS en esta instancia por no haberse causado.

NOTIFÍQUESE Y DEVUÉLVASE

El fallo que antecede fue discutido y aprobado en sesión de esta fecha, según Acta No. y se notifica a las partes en **ESTRADOS**.

Se declara surtida la presente audiencia y en constancia se firma por los que en ella intervinieron.

VÍCTOR HUGO ORJUELA GUERRERO

Magistrado Ponente

JUAN CARLOS MUÑOZ

Magistrado

CLAUDIA CECILIA TORO RAMÍREZ

Magistrada

JAMES RODRÍGUEZ ROSERO

Secretario

Sala Penal



Doctores: Silvio Castrillón Paz, José Aníbal Mejía Camacho, Blanca Lidia Arellano Moreno (Presidenta Sala), Franco Solarte Portilla.

INCIDENTE DE DESACATO – CAMBIO DE POSTURA DE LA SALA - El incidente de desacato sí puede ser promovido aún antes de que la decisión que dispone amparar los derechos fundamentales y emitir órdenes a las autoridades vulneradoras, haya sido revisada por la Corte Constitucional – No hay lugar a imponer como requisito adicional para iniciar el trámite incidental, el agotamiento del proceso de selección ante la Corte Constitucional, porque ello implicaría sobrepasar el término que la misma Corte ha determinado para su resolución y desnaturaliza la esencia misma de la tutela, al haber sido concebida como un mecanismo para la protección efectiva de derechos fundamentales, revestida de los principios de celeridad, prevalencia del derecho sustancial, economía y eficacia, y siendo que la instancia definitiva en acciones de tutela es el fallo de segunda instancia o el de primera de no haber sido impugnado y en tanto la revisión no es un recurso sino una facultad de la Corte, como máxima guardiana de la Constitución y órgano de cierre de la jurisdicción que tiene unos objetivos específicos, y no es en sí misma una instancia más para entrar a definir cuestiones circunscritas a la resolución de los problemas jurídicos que dieron origen al trámite.

INCIDENTE DE DESACATO – REQUISITOS: Procedencia de la sanción al configurarse una responsabilidad subjetiva – Analizado el asunto, se determina que se cumplen con los presupuestos para la imposición de la sanción, al establecerse que la entidad accionada ha obrado con desidia y no ha dado cumplimiento efectivo a la orden de tutela, la cual ha sido desatendida sin ninguna justificación, sanción que resulta jurídicamente acertada; sin embargo, se considera que el mecanismo que se pretende utilizar para hacerla efectiva, resulta desproporcionado, por lo cual se presentan alternativas a las cuales se puede acudir de manera antecedente a impartir una orden de captura. /

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PASTO
SALA DE DECISIÓN PENAL**

Magistrada Ponente: Dra. Blanca Lidia Arellano Moreno

Proceso No. : 520013187003 2016 00452 01
Accionante: Floriberto Sapuyes Ceballos
Accionado: Unidad de Atención y Reparación Integral a las Víctimas - UARIV
Aprobado: Acta No. 006 del 27 de enero de 2017

San Juan de Pasto, veintisiete (27) de enero de dos mil diecisiete (2017)

1. OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

Procede esta Corporación a decidir el grado jurisdiccional de consulta sobre la sanción que previo trámite incidental impuso el Juzgado Tercero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Pasto, en contra de la Doctora GLADYS CELEIDE PRADA PARDO en su condición de Directora Técnica de Registro y Gestión de la Información de la Unidad Para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas, por desacatar la sentencia de tutela proferida por ese mismo Despacho el día 18 de octubre de 2016, a través de la cual se tuteló el derecho fundamental de petición del señor FLORIBERTO SAPUYES CEBALLOS.

2. ANTECEDENTES

2.1. SENTENCIA DE TUTELA:

Mediante sentencia del 18 de octubre de 2016, el Juzgado Tercero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Pasto, tuteló el derecho fundamental de petición del señor FLORIBERTO SAPUYES CEBALLOS, y en consecuencia de ello ordenó:

SEGUNDO: En consecuencia ORDENAR a LA UNIDAD ESPECIAL PARA LA ATENCIÓN Y REPARACIÓN INTEGRAL A LAS VÍCTIMAS – UARIV, que en el término improrrogable de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación del fallo, resuelva de fondo, de manera clara y congruente la petición del accionante, respecto de la ayuda humanitaria que invoca, y de ser el caso deberá exponerle que tipo de ayuda es aplicable al caso en particular, previo el estudio de su situación de vulnerabilidad que se presume cierta toda vez que la UNIDAD no controvierte tal situación dentro del presente trámite tutelar.

(...)”

2.2. EL INCIDENTE DE DESACATO:

Mediante escrito presentado el 15 de noviembre de 2016, el señor FLORIBERTO SAPUYES CEBALLOS, después de hacer referencia a la orden tutelar emitida en su favor y en contra de la UARIV del 18 de octubre de 2016, pone en conocimiento que no obstante las orden impartida, hasta aquella fecha la UARIV no había dado cumplimiento al fallo.

Por lo anterior, y al considerar que se encontraba ante un desacato presentado por parte de la entidad demandada, solicita que se disponga en término inmediato a la UARIV, el cumplimiento y acatamiento de lo ordenado por el Juzgado Tercero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de esta ciudad, en sentencia de tutela referida anteriormente; y que conforme a lo dispuesto en el art. 27 del Decreto 2591 de 1991, se impongan las sanciones correspondientes al representante legal de la entidad accionada o a quien haga sus veces, hasta tanto no cumpla con lo dispuesto en el fallo tutelar.

2.3. ANTECEDENTES PROCESALES:

Con auto de sustanciación No. 2340 del 29 de noviembre de 2016¹, el Juzgado Tercero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Pasto, dio apertura al incidente de desacato en contra del Doctor ALAN EDMUNDO JARA URZOLA, en calidad de Director de la UARIV, y dispuso correr traslado del mismo por el término de tres días siguientes a su notificación, para que de considerarlo pertinente rinda los correspondientes descargos y ejerza su derecho de defensa y contradicción frente al presunto incumplimiento del fallo de tutela proferido por ese Despacho el 18 de octubre de 2016, en favor del señor FLORIBERTO SAPUYES CEBALLOS.

En el mismo auto se dispuso vincular dentro del trámite incidental, a la Doctora GLADYS CELEIDE PRADA PARDO, en calidad de Directora Técnica de Registro y Gestión de la Información de la UARIV, para que proceda a dar inmediato cumplimiento al fallo de tutela proferido por ese Despacho el 18 de octubre de 2016, dado que es la que ostenta la competencia funcional para cumplir con las ordenes de tutela.

A efectos de notificar personalmente la providencia en cita a los representantes de la entidad incidentada, el Juez Aquo, libró el despacho comisorio de rigor ante los Jueces Penales Municipales de Bogotá, para tal fin.

El despacho comisorio, fue debidamente cumplido por el Centro de Servicios Judiciales de Bogotá Grupo Tutelas, con actas de notificación personal realizadas a los Doctores ALAN EDMUNDO JARA URZOLA y GLADYS CELEIDE PRADA PARDO del 12 de diciembre de 2016, el cual fue devuelto al Juzgado de origen con fecha de radicación 20 de diciembre de 2016².

2.4. LA PROVIDENCIA OBJETO DE CONSULTA:

Con auto No. 1612 del 26 de diciembre de 2016³, el Juez de primera línea, luego de hacer un recuento de los antecedentes procesales, el trámite impartido e indicar algunas consideraciones respecto a la naturaleza jurídica del incidente de desacato, sus diferencias con el cumplimiento del fallo y el objeto del mismo, procedió a resolver la cuestión medular sometida a estudio, bajos los argumentos que se sintetizan a continuación.

¹ Folios 10 CI.

² Folios 16-19 CI.

³ Folios 20-23CI.

En lo que atañe a determinar qué autoridad debía cumplir el fallo, consideró, como se mencionó anteriormente, que la competencia para acatar la orden judicial estaba radicada en cabeza de la Doctora GLADYS CELEIDE PRADA PARDO en calidad de Directora Técnica de Registro y Gestión de la Información de la UARIV.

Sobre el cumplimiento de la orden, como requisito de talante objetivo, se retrotrajo a lo impartido en sentencia proferida por su Despacho el 18 de octubre de 2016, que no solo protegía el derecho fundamental de petición del accionante vulnerado por la UARIV, sino que además se ordenó que en el término improrrogable de 48 horas siguientes a la notificación del fallo, la UARIV debía resolver de fondo, de manera clara y congruente la petición interpuesta por el accionante – el 22 de agosto de 2016 –, respecto de la ayuda humanitaria que invocaba, y de ser el caso exponerle qué tipo de ayuda era aplicable al caso en particular, previo el estudio de su situación de vulnerabilidad particular, la cual se presumía cierta toda vez que la UARIV no la controvertió dentro del trámite tutelar.

Ya dentro del incidente, señala el Juzgado sancionador que la Doctora GLADYS CELEIDE PRADA PARDO, en su calidad de Directora Técnica de Registro y Gestión de la Información de la UARIV, nunca allegó justificación alguna del incumplimiento al fallo de tutela proferido dentro del trámite incidental, siendo adicionalmente el término para el cumplimiento de la orden de 48 horas, contadas a partir de la notificación del fallo, periodo de tiempo evidentemente superado, pese a la apertura del incidente.

Explica que se notificó de manera efectiva la apertura del incidente de desacato a la Directora Técnica de Registro y Gestión de la Información de la UARIV, Doctora GLADYS CELEIDE PRADA PARDO, quien ni siquiera presentó justificación al incumplimiento del fallo de tutela.

Por lo anterior, manifiesta que se evidencia la desidia por parte de la UARIV en torno al cumplimiento de la orden de tutela, pues no ha realizado ninguna actuación para dar cabal acatamiento a lo dispuesto en el fallo de tutela, lo que permite inferir que no existe causa justificada para la sustracción al obediencia cabal de la orden impartida, con lo que se consolida la tesis de que la referida autoridad ha incurrido en desacato.

Lo anterior, no es admisible para el Juzgado fallador, y en el entendido de que es evidente la sustracción injustificada a la orden emanada en la sentencia, procede a imponer la correspondiente sanción por desacato en contra de la Doctora GLADYS CELEIDE PRADA PARDO en calidad de Directora Técnica de Registro y Gestión de la Información de la UARIV, consistente en tres (3) días de arresto y multa de un (1) salario mínimo legal mensual vigente.

Esta sanción se notificó por medio de despacho comisorio debidamente cumplido por el Centro de Servicios Judiciales de Bogotá Grupo Tutelas, con acta de notificación personal realizada a la Doctora GLADYS CELEIDE PRADA PARDO del 11 de enero de 2017, el cual fue devuelto al Juzgado de origen con fecha de radiación 17 de enero de 2017⁴.

2.5. ACTUACIÓN PROCESAL EN GRADO DE CONSULTA:

Mediante llamada telefónica del día 18 de enero de 2017 a la secretaría de los Juzgados de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Pasto, se solicitó copia de la tutela que el señor FLORIBERTO SAPUYES CEBALLOS interpuso ante en el Juzgado Tercero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de esta ciudad en el mes de septiembre de 2016 – la cual no se encontraba dentro del cuaderno del incidente –, para así tener claridad de derecho de petición al cual se hace referencia y por el cual se tuteló el derecho fundamental de petición a su favor y en contra de la UARIV. Copia que se recibió el mismo 18 de enero de 2017⁵.

2.6. RESPUESTA DE LA UARIV DENTRO DEL GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Con oficio Nro. 40359 del 17 de enero de 2017, el Secretario de los Juzgados de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Pasto, remite a este Despacho oficio del 2 de los cursantes, proveniente de la UARIV, mediante el cual rinde un informe dentro del trámite de consulta⁶, que señala lo siguiente:

⁴ Folios 30-31 CI.

⁵ Folios 32-36 CI.

⁶ Folios 5-18 CC.

Hace referencia a la acción de tutela proferida el 18 de octubre de 2016, mediante la cual se ordena a la UARIV en favor del señor FLORIBERTO SAPUYES CEBALLOS que *"en el término improrrogable de 48 horas contadas a partir de la notificación de la misma, resuelva de fondo, de manera clara y congruente la petición del accionante, respecto de la ayuda humanitaria que invoca, y de ser el caso deberá exponerle que tipo de ayuda es aplicable al caso en particular, previo el estudio de su situación de vulnerabilidad que se presume cierta toda vez que la UNIDAD no controvierte tal situación dentro del presente trámite tutelar"*.

De la misma manera, señala que mediante auto del 29 (Sic) de diciembre de 2016 se sancionó a la UARIV disponiendo que la Doctora GLADYS CELEIDE PRADA PARDO, en calidad de Directora Técnica de Registro y Gestión de la Información de la UARIV, ha incurrido en desacato y en consecuencia le impone como sanción tres (3) días de arresto y un (1) salario mínimo legal mensual vigente de multa.

Sin embargo, el informe hace referencia inicialmente que tanto el accionante como su grupo familiar ya fueron sujetos del proceso de identificación de carencias y la decisión que al respecto se tomó fue motivada mediante resolución Nro. 0600120150078927 de 2015, que arrojó como resultado que el hogar no presentaba carencias en la subsistencia mínima, decisión que fue debidamente notificada al accionante.

Ahora bien, respecto al derecho de petición, manifiesta que el mismo fue contestado en oportunidad y de fondo, notificándolo mediante comunicación 20177200041141 del 2 de enero de 2016 enviada por correo certificado y del cual anexan planilla de envío, acatando así la orden judicial que había sido impuesta, configurándose así un hecho superado.

Por lo anterior, al darse cumplimiento al fallo tutelar, y no observarse una responsabilidad subjetiva por parte de la entidad incidentada, solicita se revoque la sanción impuesta a la Doctora GLADYS CELEIDE PRADA PARDO en calidad de Directora Técnica de Registro y Gestión de la Información de la UARIV.

Se anexa la copia de la respuesta al derecho de petición presentado y alegado por el accionante, la planilla de envío para su notificación y copia de la resolución Nro. 0600120150078927 de 2015.

3. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Por mandato del inciso 2º del art. 52 del Decreto 2591 de 1991, esta Sala es competente para desatar el grado jurisdiccional de consulta, de la sanción por desacato impuesta por el Juzgado Tercero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Pasto, a la Directora Técnica de Registro y Gestión de la Información de la UARIV, Doctora GLADYS CELEIDE PRADA PARDO.

3.1. DEL INCIDENTE DE DESACATO

El incidente de desacato, es un instrumento cuya finalidad reside en que el obligado con el fallo de tutela, obedezca la orden impuesta en la resolución de amparo constitucional para el adecuado restablecimiento de los derechos protegidos⁷, que no la imposición de una sanción en sí misma.

De manera que, no es suficiente verificar que la orden no ha sido cumplida, sino además que la conducta omisiva de la persona obligada de cumplir la orden, ha sido signada por dolo o culpa, es decir demostrar la responsabilidad subjetiva que viabilice la imposición de la sanción, misma que afecta valores caros, como es la libertad misma del renuente a cumplir.

Así lo ha explicado la Corte Suprema de Justicia⁸, evocando jurisprudencia del Alto Tribunal Constitucional:

"(...) la jurisprudencia constitucional ha precisado sobre los dos elementos que integran la responsabilidad que habrá de ser endilgada a través del trámite incidental: el primero de ellos, referido al incumplimiento

⁷ Sentencia T – 482 de 2013

⁸ C.SJ. SP, 25 Feb 2016, Rad. 84604.

total o parcial de la orden y el cual se ha denominado **elemento objetivo**; y el segundo, la desidia del sujeto en atender el mandato y que correspondería al **elemento subjetivo**; los que de manera conjunta deben aparecer demostrados en el respectivo diligenciamiento, toda vez que, entraña además de la satisfacción de los mandatos jurisdiccionales, el ejercicio de las facultades disciplinarias en cabeza del juez de tutela para hacer efectiva la protección de los derechos fundamentales constitucionales que fueron objeto de amparo.

...al ser el desacato una manifestación del poder disciplinario del juez, la responsabilidad de quien incurra en él es subjetiva⁹ y que ello quiere decir que no puede presumirse la responsabilidad por el sólo hecho del incumplimiento sino que para que haya lugar a imponer la sanción se requiere comprobar la negligencia de la persona comprometida.”¹⁰

Al distinguir el incidente de desacato de la competencia que mantiene el juez para hacer efectivo el cumplimiento de las órdenes de tutela, la Corte ha puesto de presente que mientras “...el cumplimiento es oficioso, aunque no excluye la posibilidad de que el afectado pueda solicitarlo al juez; la responsabilidad es objetiva y además tiene como fundamento normativo los artículos 23 y 27 del Decreto 2591 de 1991 (...) [e]l desacato, por su parte, se caracteriza por tener un trámite incidental; las sanciones se pueden imponer a solicitud de la parte interesada, de alguno de los intervinientes en la tutela, por petición del Ministerio Público o de la Defensoría del Pueblo e inclusive de oficio¹¹; la responsabilidad es subjetiva y se cimienta en los artículos 27 y 52 ibídem.”¹²

También ha señalado la Corporación que, teniendo en cuenta que el incidente de desacato tiene como objeto “... no sólo lograr la efectiva materialización de los derechos fundamentales afectados, sino el de verificar si la persona o autoridad a la cual se le dio la orden de tutela la ha incumplido y establecer si es del caso imponer o no la sanción respectiva¹³, la necesaria consecuencia del incumplimiento y demostrada la responsabilidad del sujeto es la imposición de la sanción. Así las cosas, si durante el trámite del incidente y antes de que se decida en forma definitiva, el obligado cumple con lo ordenado por el juez constitucional, no por ello se excluye la posibilidad de aplicar la sanción por desacato.”¹⁴

Así, ha dicho la Corte la sanción es consecuencia directa del incumplimiento a la orden de un juez, lo cual es independiente del hecho de que con posterioridad se verifique la observancia de la orden y se restablezca el derecho vulnerado.”¹⁵

En este punto, no sobra advertir que el desacato a una orden de esa naturaleza, comporta también el desconocimiento del derecho de acceder a la administración de justicia, con lo cual se perpetúa además la vulneración de los derechos inicialmente protegidos con la orden de amparo.

En lo que atañe al procedimiento, en Sentencia C-367 de 2014, la Corte Constitucional enfáticamente recordó que tras agotarse el trámite sumario de cumplimiento que dispone el art. 27 del Decreto 2591 de 1991, si la orden de protección no se observa con juicio, el servidor público o particular encargado de acatarla puede ser objeto de la aplicación de los poderes disciplinarios del juez de tutela, a través del incidente de desacato. Ese incidente entonces, comporta cuatro etapas, así:

“(i) comunicar a la persona incumplida la apertura del incidente del desacato, para que pueda dar cuenta de la razón por la cual no ha cumplido y presente sus argumentos de defensa; (ii) practicar las pruebas solicitadas que sean conducentes y pertinentes para la decisión; (iii) notificar la providencia que resuelva el incidente; y (iv) en caso de haber lugar a ello, remitir el expediente en consulta al

⁹ Cfr. Corte Constitucional. Sentencia T-763 de 1998, ya citada.

¹⁰ Corte Constitucional. Sentencia T-1234 de 2008

¹¹ Cfr. Corte Constitucional. Sentencia T-766 de 1998, ya citada.

¹² Sentencia T-459 de 2003

¹³ Cfr. Corte Constitucional. Sentencia T-553 del 18 de julio de 2002 (M.P. Alfredo Beltrán Sierra).

¹⁴ Sentencia T-459 de 2003

¹⁵ Ibídem

superior. Para imponer la sanción se debe demostrar la responsabilidad subjetiva del sancionado en el incumplimiento del fallo, valga decir, que éste es atribuible, en virtud de un vínculo de causalidad, a su culpa o dolo¹⁶¹⁷

Por otra parte, el término para la resolución definitiva del trámite incidental, de acuerdo a la Sentencia C – 367 de 2014, no puede sobrepasar de 10 días. Sobre el punto, se tiene que el Alto Tribunal Constitucional, al reconocer que el Art. 52 del Decreto 2591 de 1991 no contempla un término exacto para el agotamiento del incidente de desacato, consideró que tal vacío no puede patrocinar la prolongación indefinida en el tiempo, de la vulneración de derechos fundamentales protegidos y de otras garantías como la de acceso a la justicia.

3.2. DEL CASO EN CONCRETO

Para arribar al estudio particular, se verifica inicialmente que al revisar el expediente, no se encuentra constancia de que ya se efectuó la revisión por parte de la Corte, e inclusive al consultar la página web de la misma, hasta la presente no arroja ningún resultado.

Siendo así, quiere destacar la Sala que conforme a criterio mayoritario de los miembros de la misma, se ha optado por nulitar el trámite incidental, bajo la óptica de que no es posible iniciar el mismo y mucho menos imponer sanciones, en tanto no se haya surtido la revisión de la sentencia tutelar, ante la Corte Constitucional. Y así se ha expuesto en anteriores oportunidades:

"Adicional a ello, debe indicarse que para efecto que el trámite y posible sanción por desacato pueda surtir, es requisito sine qua non que el fallo de tutela del cual se solicita su cumplimiento se encuentre en firme al momento de dar inicio al trámite incidental, condición que se concreta única y exclusivamente con su revisión por parte de la Corte Constitucional, pues de esta manera el mismo cobra ejecutoria formal y material...

...

Así las cosas, lamenta el Tribunal que el Juez de primer grado haya dado trámite al incidente de desacato (28 de marzo de 2015), cuando aún la sentencia de tutela no cobraba firmeza (28 de abril de 2015), esto es, cuando todavía no se había surtido el trámite de revisión ante la Corte Constitucional, pues, tal como se indicó en precedencia, dicha exigencia es de obligatoria observancia, ya que lo contrario implicaría un daño irreparable para la persona contra quien se ha impartido una sanción por supuesto desacato, en el evento en que la Corte al revisarla opte por revocar el amparo constitucional.

En consecuencia, no queda otro camino que invalidar lo actuado a partir del auto de apertura del incidente de desacato, para que el Juez A quo rehaga la actuación, con la observancia de los ritos legales pertinentes¹⁸

El fundamento de dicha postura, consultaba el precedente consignado en la sentencia SU-1219 de 2001, que indicó:

"4.2 La revisión de las sentencias de tutela abarca tres dimensiones: 1) el deber de remitir a la Corte Constitucional la totalidad de los fallos de tutela adoptados por los jueces de la República para su eventual revisión; 2) los efectos de la decisión de la Corte respecto de cada uno de los casos a ella remitidos y 3) el ámbito del control ejercido por la Corte cuando decide revisar un fallo de tutela.

(...)

Segundo, la decisión de la Corte Constitucional consistente en no seleccionar para revisión una sentencia de tutela tiene como efecto principal la ejecutoria formal y material de esta sentencia, con lo que opera

¹⁶ Cfr. Sentencia T-171 de 2009.

¹⁷ Sentencia T – 367 de 2014

¹⁸ Sala Penal, Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, 21 ago 2014 M.P Franco Solarte Portilla, rad 2013-00272-02. Ver también decisiones 17 june 2015, rad. No. 520013187002201400531-02 y decisión de abril 27 de 2016 rad. 52001310400520160006-01 MP Silvio Castrillón Paz.

el fenómeno de la cosa juzgada constitucional. Salvo la eventualidad de la anulación de dicha sentencia por parte de la misma Corte Constitucional de conformidad con la ley, la decisión de excluir la sentencia de tutela de la revisión se traduce en el establecimiento de una cosa juzgada inmutable y definitiva. De esta forma se resguarda el principio de la seguridad jurídica y se manifiesta el carácter de la Corte Constitucional como órgano de cierre del sistema jurídico”.

Sin embargo, en esta oportunidad, pasa esta Sala a presentar un cambio en la postura mencionada, que entre otras razones, se acompasa con la exigencia plasmada por la Corte Constitucional, en la sentencia T-629 de 2004, que más adelante se analizará y que es posterior a la SU-1219 de 2001, que había servido de fundamento en precedencia, aunado a lo expuesto por la Magistrada Ponente, ya sea bajo la misma condición¹⁹ o a través de la figura del salvamento de voto ante la decisión mayoritaria y que a continuación se exponen.

Se determina en primer lugar, que exigir el trámite de revisión de la Corte, a fin de dar inicio al incidente de desacato, deviene de una de construcción interpretativa, que no se encuentra señalada de manera expresa en el decreto 2591 de 1991 o por vía jurisprudencial, esto partiendo del criterio de que la tutela ha sido concebida como un mecanismo para la protección de derechos fundamentales y está revestida de los principios de celeridad, prevalencia del derecho sustancial, economía y eficacia, lo cual estriba su razón de ser en el peso jurídico que tienen aquellos derechos en nuestro ordenamiento, así lo ha instituido la Corte de vieja data:

El núcleo esencial del derecho fundamental es el mínimum de la dignidad racional, sin cuyo reconocimiento el hombre no puede vivir o desarrollarse como ser humano. La acción de tutela se dirige pues al núcleo esencial de un derecho fundamental, y por ello su protección debe ser inmediata²⁰.

Así que, pretender que el cumplimiento del fallo de tutela buscado con el incidente de desacato cuando se ha escogido esa vía, quede en suspenso hasta que la Corte determine la revisión o no del expediente, desnaturaliza la esencia misma de la figura consagrada en el Art. 86 Constitucional, porque la protección brindada a través de la intervención del juez de tutela debe brindar una solución efectiva ante la posible vulneración de los derechos invocados por los ciudadanos, en respaldo de esta postura la Corte ha manifestado:

*“De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 86 de la Constitución y en el Decreto 2591 de 1991, el objetivo fundamental de la acción de tutela es la protección inmediata y eficaz de los derechos fundamentales que resulten amenazados o vulnerados. Por consiguiente, el amparo debe consistir en una orden precisa e imperativa que se concreta en un **plazo inminente**”²¹*

La misma sentencia rememora decisiones anteriores, en las cuales se decanta el objetivo primordial de la acción de tutela:

“La doctrina constitucional ha sostenido, en concordancia con el artículo 86 de la Constitución Política y el Decreto 2591 de 1991, que el objetivo fundamental de la acción de tutela no es otro que la protección afectiva e inmediata de los derechos constitucionales fundamentales, cuando éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de una autoridad pública o de un particular en los casos expresamente señalados en la ley.

*Así las cosas, la eficacia de la acción de tutela reside en el deber que tiene el juez, si encuentra vulnerado o amenazado el derecho alegado, **de impartir una orden de inmediato cumplimiento** encaminada a la defensa actual y cierta del derecho en disputa.”²²*

Estos pronunciamientos, aparte de la indudable relevancia que le otorgan a la naturaleza de los derechos en discusión y a la necesidad de conjurar su vulneración de forma pronta, parten de los supuestos legales que

¹⁹ Auto interlocutorio del 30 de septiembre de 2015. Rad. 520013187003 2014 00565 01

²⁰ Corte Constitucional. Sentencia T-336 de 1995. M.P. Vladimiro Naranjo Meza

²¹ Corte Constitucional. Sentencia T-068 de 1998. M.P. Antonio Barrera Carbonell

²² Sentencia T-467 de 1996. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa. También pueden consultarse, entre otras, las sentencias T-350/96 M.P. Carlos Gaviria Díaz, T-085/97 y T-321/97. M.P. Antonio Barrera Carbonell, T-041/97 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, T-167/97 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

reglamentaron el ejercicio de la acción de amparo y que no son otros que los consagrados en el Decreto 2591 de 1991, para lo cual citaremos algunos de sus artículos relevantes, así:

Artículo 23. Protección del derecho tutelado. Cuando la solicitud se dirija contra una acción de la autoridad el fallo que conceda la tutela tendrá por objeto garantizar al agraviado el pleno goce de su derecho, y volver al estado anterior a la violación, cuando fuere posible.

Quando lo impugnado hubiere sido la denegación de un acto o una omisión, el fallo ordenará realizarlo o desarrollar la acción adecuada, para lo cual se otorgará un plazo prudencial perentorio. Si la autoridad no expide el acto administrativo de alcance particular y lo remite al juez en el término de 48 horas, éste podrá disponer lo necesario para que el derecho sea libremente ejercido sin más requisitos. Si se hubiere tratado de una mera conducta o actuación material, o de una amenaza, se ordenará su inmediata cesación, así como evitar toda nueva violación o amenaza, perturbación o restricción.

En todo caso, el juez establecerá los demás efectos del fallo para el caso concreto.

A su turno el Art. 27 expresa:

*Artículo 27. Cumplimiento del fallo. **Proferido el fallo que concede la tutela, la autoridad responsable del agravio deberá cumplirlo sin demora.***

Si no lo hiciere dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes, el juez se dirigirá al superior del responsable y le requerirá para que lo haga cumplir y abra el correspondiente procedimiento disciplinario contra aquél. Pasadas otras cuarenta y ocho horas, ordenará abrir proceso contra el superior que no hubiere procedido conforme a lo ordenado y adoptará directamente todas las medidas para el cabal cumplimiento del mismo. El juez podrá sancionar por desacato al responsable y al superior hasta que cumplan su sentencia.

Y es el artículo 31 del ya multicitado Decreto, el que señala que el fallo debe cumplirse aunque la autoridad presente la impugnación:

*"Artículo 31. Impugnación del fallo. Dentro de los tres días siguientes a su notificación el fallo podrá ser impugnado por el Defensor del Pueblo, el solicitante, la autoridad pública o el representante del órgano correspondiente, **sin perjuicio de su cumplimiento inmediato.***

Los fallos que no sean impugnados serán enviados al día siguiente a la Corte Constitucional para su revisión.

Nótese que no se suspende en ningún momento el cumplimiento del fallo impartido, inclusive mientras se surte la impugnación del fallo, menos podría esperarse que el mismo se supedite al término en el cual se decida acerca de la revisión de una sentencia, según la potestad facultativa de la Corte consagrada en el Art. 241 No. 9º de la Constitución, toda vez que el objeto fundamental del incidente de desacato, es el cumplimiento del fallo y suspender los efectos del mismo hasta la instancia última del Alto Tribunal Constitucional, desorienta la naturaleza misma de la acción de amparo.

El incidente de desacato tiene su origen en el incumplimiento del deber de acatar las providencias judiciales y los poderes del juez para hacerlas cumplir, y para el caso del trámite tutelar, siempre estará ligado por lógica a una orden de protección de derechos fundamentales, pues no tendría sentido su aplicación cuando se resolvió la improcedencia o se negaron las pretensiones.

Siendo así, se parte en principio de una vulneración de derechos fundamentales, cuya protección exige la constitución y el ordenamiento jurídico se realice de manera celeridad y sin dilaciones injustificadas y ese es el sentido general que plasmó la Corte en su sentencia C 367 de 2014 al suplir el vacío legislativo que no previó un término para resolver el incidente de desacato, y se fijó un término de diez (10) días.

Ahora bien, si partimos de una de las diferenciaciones que se ha realizado al comparar el trámite de cumplimiento y el incidente de desacato, que tiene que ver con la solicitud de parte interesada para el segundo, implicaría que realizada tal solicitud una vez que se verifica el incumplimiento, se genere una dilación en el tiempo de manera indefinida hasta tanto se verifique si el fallo de tutela, se excluyó o no de revisión, a fin de iniciar el incidente, lo que iría en contravía de las finalidades del trámite tutelar y de la filosofía de la sentencia C 367 de 2014.

Aunado a lo anterior respecto a la inmediatez del cumplimiento de las sentencia emitidas en el decurso de una acción de amparo, necesariamente tenemos que referirnos al tema central del disenso con la postura *supra cit*, que tiene que ver con la firmeza de la sentencia, para tal efecto es de obligatorio abordaje el tema de la ejecutoria y la cosa juzgada.

En reiterados autos²³ la Corte al tratar del tema de la posibilidad de adicionar los fallos iniciales en acciones de amparo, se ha remitido a la sentencia T-576 de 1993 cuyo Magistrado Ponente fue el Dr. Jorge Arango Mejía, que a letra dice:

a.- El inciso segundo (2o.) del artículo 32 del decreto 2591 de 1991 ordena:

"El juez que conozca de la impugnación, estudiará el contenido de la misma, cotejándola con el acervo probatorio y con el fallo. El juez, de oficio o a petición de parte, podrá solicitar informes y ordenar la práctica de pruebas y proferirá el fallo dentro de los 20 días siguientes a la recepción del expediente. Si a su juicio el fallo carece de fundamento, procederá a revocarlo, lo cual comunicará de inmediato. Si encuentra el fallo ajustado a derecho, lo confirmará. En ambos casos, dentro de los diez días siguientes a la ejecutoria del fallo de segunda instancia, el juez remitirá el expediente a la Corte Constitucional, para su eventual revisión."

b.- A su vez, el inciso primero (1o.) del artículo 331 del Código de Procedimiento Civil, modificado por el decreto 2282 de 1989, prescribe:

"Ejecutoria. Las providencias quedan ejecutoriadas y son firmes tres días después de notificadas, cuando carecen de recursos o han vencido los términos sin haberse interpuesto los recursos que fueren procedentes, o cuando queda ejecutoriada la providencia que resuelva los interpuestos. No obstante, en caso de que se pida aclaración o complementación de una providencia, su firmeza sólo se producirá una vez ejecutoriada la que la resuelva." (Se subraya)

c.- De las normas anteriores, se deduce que las providencias quedan ejecutoriadas después de tres días de notificadas cuando carecen de recursos, como es el caso de las sentencias de tutela de segundo grado. Lo anterior se explica porque, dentro del plazo de esos tres días, los interesados pueden pedir la aclaración o complementación de la providencia, con lo cual su ejecutoria se pospondrá hasta el momento en que, a su turno, quede ejecutoriada la providencia que resuelva sobre la aclaración o complementación.

Así, no habiendo solicitud de aclaración o complementación -lo que ocurrió en el presente caso-, pasados los tres días de la ejecutoria, para el juez que conoció de la segunda instancia de la acción de tutela empieza a correr un término de diez días, en el cual debe proceder a enviar el expediente a la Corte Constitucional para su revisión.

Lo cual quiere decir que la instancia definitiva en acciones de tutela es el fallo de segunda instancia, en el caso que se hubiere impugnado o el de primera en caso que no exista inconformidad con la decisión tomada, bajo la óptica de que la revisión no es un recurso sino una facultad de la Corte, como máxima guardiana de la Constitución y órgano de cierre de la jurisdicción por atribución directa de la Norma Fundamental (Art. 241 No. 9º) que tiene

²³ Auto 031 de 2002, Auto 253 de 2007 entre otros.

unos objetivos específicos²⁴, y no es en sí misma una instancia más para entrar a definir cuestiones circunscritas a la resolución de los problemas jurídicos que dieron origen al trámite, en estos términos lo ha planteado el Tribunal Constitucional²⁵:

"El examen precedente muestra que por la especificidad de la labor de la Corte en sede de revisión (que no consiste en una tercera instancia), esta Corporación no tiene el deber de estudiar todos los puntos planteados por la demanda de tutela. La Corte goza entonces de una razonable discrecionalidad para delimitar la controversia constitucional en sede de revisión, por lo que no es una violación del debido proceso, susceptible de generar una nulidad, el mero hecho de que la sentencia de una Sala de Revisión haya omitido el examen de algún punto planteado en la demanda, o no lo haya estudiado con el detalle que es necesario durante los debates procesales en las instancias".

*En relación con el sentido y razón de la revisión eventual, ha señalado la Corte que más allá de la resolución de casos en particular, consiste en "asegurar que, por parte del tribunal que tiene a su cargo la guarda de la integridad y supremacía de la Carta Política, se unifiquen los criterios con base en los cuales ella se interpreta y aplica en materia de derechos, se elabore la doctrina constitucional y se tracen las pautas de la jurisprudencia, a propósito de casos paradigmáticos, respecto de el (sic) alcance de los principios, postulados, preceptos y reglas de la constitución, sobre los que los demás administradores de justicia se puedan inspirar al momento de pronunciarse acerca de los derechos fundamentales dentro del ordenamiento jurídico colombiano."*²⁶

De manera que la facultad discrecional de revisión implica también que el papel de la Corte no consiste en corregir todos los eventuales errores en que hayan podido incurrir los jueces al decidir los casos, sino que busca unificar la doctrina sobre el alcance de los derechos fundamentales". (Subrayas agregadas).

Por lo cual el objetivo de la revisión es diametralmente distinto al estudio que se da en sede de impugnación de una sentencia y de donde efectivamente se debe contar su ejecutoria como ya quedó señalado. Sin embargo quedaría un interrogante por resolver, y es el relativo a la cosa juzgada constitucional, que abriría una brecha para la aplicación de la teoría de esta Sala, ya que en algunas providencias de la Corte se ha aplicado el criterio de que una vez sometido el expediente al mecanismo de la revisión cobra ejecutoria la sentencia, veamos el contenido de la T-754 de 2010:

Así las cosas, las consecuencias de naturaleza procesal que se derivan de la exclusión de revisión de un expediente de tutela, son: (i) la ejecutoria formal y material de la sentencia de segunda instancia; (ii) la configuración del fenómeno de la cosa juzgada constitucional que hace la decisión inmutable e inmodificable, salvo la eventualidad de que la sentencia sea anulable por parte de la misma Corte Constitucional de conformidad con la ley; y (iii) la improcedencia de tutela contra tutela. Sobre el particular, este Tribunal en sentencia SU-1219 de 2001, expresó:

*"(...) [L]a decisión de la Corte Constitucional consistente en no seleccionar para revisión una sentencia de tutela tiene como efecto principal la ejecutoria formal y material de esta sentencia, con lo que opera **el fenómeno de la cosa juzgada constitucional**. Salvo la eventualidad de la anulación de dicha sentencia por parte de la misma Corte Constitucional de conformidad con la ley, la decisión de excluir la sentencia de tutela de la revisión se traduce en el establecimiento de una cosa juzgada inmutable y definitiva. De esta forma se resguarda el principio de la seguridad jurídica y se manifiesta el carácter de la Corte Constitucional como órgano de cierre del sistema jurídico.*

²⁴ La sentencia C-018 de 1993, explica al respecto: En primer término se ha dicho que "es más importante, en razón de su contenido y alcances, la revisión eventual que la obligatoria, porque justamente la labor de la Corte en materia de tutela es de orientación, consolidación de la jurisprudencia y pedagogía constitucional, todo lo cual se logra más eficientemente con unos fallos preseleccionados por su importancia y su carácter paradigmático, que con toda una suerte de sentencias obligatorias y numerosas, la mayoría de las cuales terminarían siendo una repetición de casos idénticos, que convertirían a la Corte Constitucional en una tercera instancia ahogada en un mar de confirmaciones de sentencias".

²⁵ Corte Constitucional Auto 253 de 2007

²⁶ Corte Constitucional Auto 012 de 2004.

(...) El procedimiento de revisión es, por tanto, un mecanismo expresamente regulado en la Constitución con el fin de brindar una protección óptima a los derechos fundamentales en atención a la importancia que ellos tienen para las personas y el sistema democrático y constitucional de derecho. Ninguna otra acción, sea constitucional o legal, goza de un mecanismo equivalente al de la revisión de la decisión judicial. Y no podía ser de otra manera, dada la función confiada a la Corte Constitucional para la constante defensa de los derechos fundamentales.

Resáltese que se habla allí de la cosa juzgada constitucional, bajo esta preceptiva, es necesario distinguir entre la cosa juzgada constitucional y la cosa juzgada ordinaria cuyas características llevan implícitas diferencias notables, pese a ser partes de la misma categoría jurídica, así lo expuso en detalle la sentencia C-774 de 2001:

“La cosa juzgada es una institución jurídico procesal mediante la cual se otorga a las decisiones plasmadas en una sentencia y en algunas otras providencias, el carácter de inmutables, vinculantes y definitivas. Los citados efectos se conciben por disposición expresa del ordenamiento jurídico para lograr la terminación definitiva de controversias y alcanzar un estado de seguridad jurídica.

De esta definición se derivan dos consecuencias importantes. En primer lugar, los efectos de la cosa juzgada se imponen por mandamiento constitucional o legal derivado de la voluntad del Estado, impidiendo al juez su libre determinación, y en segundo lugar, el objeto de la cosa juzgada consiste en dotar de un valor definitivo e inmutable a las providencias que determine el ordenamiento jurídico. Es decir, se prohíbe a los funcionarios judiciales, a las partes y eventualmente a la comunidad, volver a entablar el mismo litigio.

De esta manera se puede sostener que la cosa juzgada tiene como función negativa, prohibir a los funcionarios judiciales conocer, tramitar y fallar sobre lo resuelto, y como función positiva, dotar de seguridad a las relaciones jurídicas y al ordenamiento jurídico.

La fuerza vinculante de la cosa juzgada se encuentra limitada a quienes plasmaron la litis como parte o intervinientes dentro del proceso, es decir, produce efecto Inter partes. No obstante, el ordenamiento jurídico excepcionalmente le impone a ciertas decisiones efecto erga omnes, es decir, el valor de cosa juzgada de una providencia obliga en general a la comunidad, circunstancia que se establece en materia penal y constitucional (Artículo 243 de la Constitución Política).

Al operar la cosa juzgada, no solamente se predicán los efectos procesales de la inmutabilidad y definitividad de la decisión, sino que igualmente se producen efectos sustanciales, consistentes en precisar con certeza la relación jurídica objeto de litigio.

En principio, cuando un funcionario judicial se percata de la operancia de una cosa juzgada debe rechazar la demanda, decretar probada la excepción previa o de fondo que se proponga, y en último caso, procede una sentencia inhibitoria.

Para que una decisión alcance el valor de cosa juzgada se requiere:

- Identidad de objeto, es decir, la demanda debe versar sobre la misma pretensión material o inmaterial sobre la cual se predica la cosa juzgada. Se presenta cuando sobre lo pretendido existe un derecho reconocido, declarado o modificado sobre una o varias cosas o sobre una relación jurídica. Igualmente se predica identidad sobre aquellos elementos consecuenciales de un derecho que no fueron declarados expresamente.

- Identidad de causa petendi (eadem causa petendi), es decir, la demanda y la decisión que hizo tránsito a cosa juzgada deben tener los mismos fundamentos o hechos como sustento. Cuando además de los mismos hechos, la demanda presenta nuevos elementos, solamente se permite el análisis de los nuevos supuestos, caso en el cual, el juez puede retomar los fundamentos que constituyen cosa juzgada para proceder a fallar sobre la nueva causa.

- **Identidad de partes**, es decir, al proceso deben concurrir las mismas partes e intervinientes que resultaron vinculadas y obligadas por la decisión que constituye cosa juzgada.

3.2. De la cosa juzgada constitucional.

La cosa juzgada constitucional, por virtud del cual, "los fallos que la Corte dicte en ejercicio del control jurisdiccional hacen tránsito a cosa juzgada constitucional". La cosa juzgada es una categoría general del derecho y por consiguiente tiene una regulación unitaria y uniforme en todos sus campos, sin perjuicio de una serie de especialidades que se predicen de acuerdo a la naturaleza del asunto debatido.

La cosa juzgada constitucional es una institución jurídico procesal que tiene su fundamento en el artículo 243 de la Constitución Política y mediante la cual se otorga a las decisiones plasmadas en una sentencia de constitucionalidad, el carácter de inmutables, vinculantes y definitivas. De ella surge una restricción negativa consistente en la imposibilidad de que el juez constitucional vuelva a conocer y decidir sobre lo resuelto.

No obstante que la cosa juzgada constitucional tiene su fuente en la teoría general, la particular naturaleza del juicio de constitucionalidad impone unas diferencias significativas, como, por ejemplo, la relacionada con el efecto *inter partes*, que tiene la cosa juzgada en el proceso ordinario frente al efecto *erga omnes*, que reviste en el proceso constitucional.

En el proceso constitucional es necesario modular la operancia de la cosa juzgada conforme a un análisis que tenga en cuenta la posibilidad de que se planteen nuevos cargos, no tenidos en cuenta por el juez constitucional, o que el examen de las normas demandadas se haya limitado al estudio de un solo asunto de constitucionalidad, o que no se haya evaluado la disposición frente a la totalidad de la Carta, o que exista una variación en la identidad del texto normativo. En eventos como estos, no obstante existir ya un fallo de constitucionalidad, podría abrirse la posibilidad de realizar una nueva valoración de la norma acusada. (Subrayas añadidas).

Como se puede ver son instituciones con efectos diferentes, y que no pueden oponerse al cumplimiento de los fallos de las acciones de tutela, porque como ya se dijo ello desnaturalizaría el cometido de la figura consagrada en el Art. 86 Constitucional.

Esa es la postura que adopta la Corte, si revisamos la sentencia T-629 de 2004, que al inicio reseñamos, en la que en su aparte final, se dijo:

*"Solo resta observar que en el expediente obra una solicitud por parte del apoderado de la actora, para que se inicie el incidente de desacato contra el ISS. El juzgado se dirigió a la entidad con el fin de que informara si realmente acató la sentencia que amparó el derecho de petición de la demandada. Como la Corte Constitucional no es competente para intervenir, de ninguna manera, en el trámite del incidente de desacato, **pone de manifiesto que el hecho de que se hubiere remitido a esta Corporación el expediente que contiene la acción de tutela, no interrumpe el trámite del incidente de desacato.***

Por consiguiente, el incidente debió ser resuelto declarando o no si hubo el desacato alegado, con independencia de la selección de revisión de esta tutela". (Subrayas y negrillas fuera del texto original).

Si bien lo expresado por la Corte en dicho fallo sobre este tópico no constituye la *ratio decidendi* que resuelve el problema jurídico puesto a consideración de la Alta Corporación, para ese momento, de todas formas implica un llamado de atención para que el juez de tutela cumpla con su deber conforme a los principios constitucionales que orientan el trámite tutelar sin dilaciones injustificadas, y constituye además el fundamento para variar el criterio mayoritario de esta Sala, en el entendido de que el incidente de desacato sí puede ser promovido aún antes de que la decisión que dispone amparar los derechos fundamentales y emitir órdenes a las autoridades vulneradores, haya sido revisada por la Corte Constitucional.

Agregamos también, que en la sentencia C 367 de 2014, retomando el criterio sintetizado en la sentencia T-652 de 2010, sobre la naturaleza del incidente de desacato, hace la siguiente precisión entre otras:

[...] (iii) el incidente de desacato procede a solicitud de parte y se deriva del incumplimiento de una orden proferida por el juez de tutela en los términos en los cuales ha sido establecido por la sentencia que ha hecho tránsito a cosa juzgada²⁷ y emana de los poderes disciplinarios del juez constitucional;

El término de “cosa juzgada” al que se hace referencia en dicho fallo se interpreta como aquella relacionada con la que se deriva de la interposición o no del recurso de alzada en el trámite tutelar, es decir la cosa juzgada ordinaria, y no la constitucional que se relaciona con el trámite de revisión.

A tal conclusión se puede arribar por diferentes vías, la primera, realizando una revisión de la sentencia T-459 de 2003, a la que acude la sentencia C 367 de 2014, para tratar el tema de cosa juzgada. En dicho fallo se hacen las siguientes referencias:

2.1. La Corte Constitucional ha sido reiterativa en el sentido de que la acción de tutela no procede contra providencias judiciales en razón a la intangibilidad de la cosa juzgada.

(...)

Así las cosas, aunque la regla general es la improcedencia de la acción de tutela contra sentencias judiciales, esta Corporación admitió excepciones en dicho fallo, las cuales han sido reconocidas y precisadas en pronunciamientos posteriores, en atención a que los jueces son autoridades públicas cuya forma de expresión en materia jurídica es a través de providencias y que, pese a la intangibilidad de su autonomía funcional y de la fuerza de cosa juzgada de que gozan aquéllas, pueden incurrir en actos u omisiones que, por fuera de sus competencias y atribuciones, son capaces de producir agravio o amenaza a los derechos fundamentales.

(...)

Ahora bien, como se trata de una circunstancia excepcional, esa doctrina de la vía de hecho no puede ser aplicada por los jueces con ligereza sino que el estudio correspondiente debe ser meticoloso toda vez que la Constitución establece el respeto a la autonomía de los jueces de la República y el carácter de cosa juzgada de las sentencias por ellos proferidas²⁹ (subrayas fuera de texto)

Como vemos en ninguno de estos enunciados se hace referencia a la cosa juzgada constitucional, sino a la ordinaria respecto de las sentencias de los jueces, no de las proferidas en sede de revisión.

Entender que la Corte hace referencia a la cosa juzgada constitucional, va en contravía del contexto de la sentencia, en la cual para determinar el término en que se debe resolver el incidente acude a la clase de derechos que se ventilan en el trámite tutelar, como así lo explica:

4.4.1.2.2. Conforme a la interpretación que este tribunal ha hecho del artículo 52 del Decreto 2591 de 1991³⁰, no es posible aplicar en este caso el artículo 4 del Decreto 306 de 1992 y, por consiguiente, el artículo 137 del Código de Procedimiento Civil o el artículo 129 del Código General del Proceso,

²⁷ Ver entre otras la Sentencia T-459 de 2003.

²⁸ Cfr. Corte Constitucional. Sentencias T-249 del 1 de junio de 1995 (M.P. Hernando Herrera Vergara), T-518 del 15 de noviembre de 1995 (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa), C-037 del 5 de febrero de 1996 (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa), T-100 del 24 de marzo de 1998 (M.P. José Gregorio Hernández Galindo), T-465 del 3 de septiembre de 1998 (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa), T-555 del 15 de mayo de 2000 (M.P. Fabio Morón Díaz) y T-1267 del 29 de noviembre de 2001 (M.P. Rodrigo Uprimny Yepes), entre muchas otras.

²⁹ Cfr. Corte Constitucional. Sentencia T-094 de 1997, ya citada.

³⁰ Supra II, 2.6.2. y 2.7.2.

porque el incidente de desacato a un fallo de tutela es un incidente especial. La especialidad de este incidente viene dada por la especialidad de lo que está en juego en un fallo de tutela, que es nada más y nada menos que amparar un derecho fundamental que ha sido vulnerado o sobre el cual se cierne la amenaza de vulneración, de tal suerte que dicho fallo es de inmediato cumplimiento, según lo previsto en el artículo 86 de la Constitución. (subrayas fuera de texto)

También, se puede acudir a fin de llegar a la conclusión atrás indicada, a realizar una revisión de los requisitos que la Corte ha establecido a efectos de adoptar la decisión de fondo en el incidente de desacato, que se reiteran también en la sentencia C-367 de 2014, cuando se hace alusión a su naturaleza:

(viii) el ámbito de acción del juez, definido por la parte resolutive del fallo correspondiente, le obliga a verificar en el incidente de desacato: "(1) a quién estaba dirigida la orden; (2) cuál fue el término otorgado para ejecutarla; (3) y el alcance de la misma. Esto, con el objeto de concluir si el destinatario de la orden la cumplió de forma oportuna y completa (conducta esperada)"³¹. De existir el incumplimiento "debe identificar las razones por las cuales se produjo con el fin de establecer las medidas necesarias para proteger efectivamente el derecho y si existió o no responsabilidad subjetiva de la persona obligada"³².

Igualmente nuestra deducción se refuerza con la interpretación y entendimiento que la misma Corporación realiza respecto de la sentencia C-367 de 2014, cuando aplica el término ahí determinado no solo a partir del inicio del incidente sino también a partir de la radicación de la respectiva solicitud, que no está ligada a la espera de que se defina si el fallo de tutela se revisa o no por la Corte Constitucional, acudiendo a los términos perentorios que la constitución ha determinado para el trámite de la acción constitucional, los cuales son de especial atención en el *sub lite*:

*1.1. Ahora bien, en Sentencia C-367 de 2014 se resolvió que la decisión del incidente de desacato debe adoptarse **dentro de los 10 días siguientes a la radicación de la respectiva solicitud**, en el marco del análisis efectuado al artículo 52 del Decreto estatutario 2591 de 1991 en sede de control abstracto.*

En esa providencia, la Corte señaló que no es posible aplicar en este caso el artículo 4 del Decreto 306 de 1992 y, por consiguiente, el artículo 137 del Código de Procedimiento Civil o el artículo 129 del Código General del Proceso, porque el incidente de desacato a un fallo de tutela es un incidente especial. La especialidad de este incidente viene dada en la característica del amparo de un derecho fundamental trasgredido o amenazado que exige inmediato cumplimiento.

*En esa medida, consideró que al regular la Constitución la acción de tutela, en su artículo 86, y precisar que tanto la protección de los derechos como el cumplimiento de los fallos deben ser inmediatos, esta no debe superar los diez días, de este mandato se sigue que para resolver el trámite incidental de desacato a un fallo de tutela **no habrán de transcurrir más de diez días, contados desde su apertura**³³.*

Ya hemos visto que el inicio del incidente se puede producir a instancia de la parte interesada en el cumplimiento, que no será otra que aquella a favor de quien se ha tutelado la protección de derechos fundamentales, en cuyo caso, se realizará solicitud en cualquier momento a partir de que se verifique que el accionado hace caso omiso de la orden tutelar, en lo cual por supuesto no tendrá incidencia ni dependerá de que el fallo haya sido o no escogido para revisión. Presentada esta situación ante el juez constitucional, no podría legalmente suspender el trámite que exige dar inicio al incidente, para supeditararlo hasta que se consolide el trámite de exclusión de revisión, porque ello implicaría afectar el derecho de acceso a la justicia que la Corte tuvo en cuenta para emitir su fallo C-367 de 2014 y que según la sentencia T-271 de 2015, debe iniciarse inmediatamente para resolver en el término establecido de diez (10) días.

³¹ Sentencia T-553 de 2002.

³² Sentencia T-1113 de 2005.

³³ Corte Constitucional. Sentencia T-271 de 2015

Todo lo explicado nos parece suficiente para reiterar en que el requisito que se establece, para dar inicio al incidente no es que el fallo de tutela haya adquirido fuerza de cosa juzgada constitucional sino ordinaria.

No está por demás poner de presente la preocupación que surgiría en eventos en que se inicia el incidente, se sanciona al que se encuentra en desacato y cumple con la sanción impuesta, pero el fallo que dio origen al incidente, es escogido para su revisión por la Corte Constitucional, y la decisión se cambia.

Ante tal situación, se debe tener en cuenta que la afectación de derechos fundamentales, cuya protección se tutela, pese a lo cual continúa la vulneración, acarrea varios tipos de responsabilidad, como así se explica en la sentencia tantas veces aludida, C-367 de 2014:

4.4.3.3. No sobra señalar que incumplir un fallo de tutela puede comprometer la responsabilidad disciplinaria del incumplido, pues, ante el requerimiento del juez, su superior tiene el deber de abrir el correspondiente procedimiento disciplinario (art. 27 Dec. 2591/91), proceso respecto del cual la Procuraduría General de la Nación podría ejercer su poder preferente; puede comprometer también su responsabilidad ante el juez de tutela, que lo “podrá sancionar por desacato” (art. 27 Dec. 2591/91), y, también, su responsabilidad penal, pues su conducta puede enmarcarse dentro del tipo penal de fraude a resolución judicial (art. 53 Dec. 2591/91). Algo semejante se puede decir de su superior, si no hubiere procedido conforme a lo ordenado por el juez³⁴. No hacer cumplir un fallo de tutela puede comprometer la responsabilidad del juez que lo profiere y mantiene la competencia para hacerlo cumplir³⁵, pues si éste incumple “las funciones que le son propias de conformidad con este decreto”, su conducta puede enmarcarse dentro del tipo penal de prevaricato por omisión (art. 53 Dec. 2591/91). (subrayas fuera de texto)

Entonces, el incumplimiento de la sentencia de tutela, genera tres tipos de responsabilidad, como acabamos de ver, y si ello lo relacionamos con el artículo 28 del decreto 2591 de 1991³⁶, vemos que aún en el caso de que la tutela se deniegue como podría ocurrir en el trámite de revisión, aún en esas instancias ese hecho no sirve de excusa respecto de la responsabilidad que surge sea cual sea, pues la norma no hace distinción, incluyendo entonces la que se analiza a través del incidente de desacato, lo cual adquiere sentido y lógica, en armonía con el objeto de la revisión que ya se reseñó en apartes anteriores de esta decisión, que “no consiste en corregir todos los eventuales errores en que hayan podido incurrir los jueces al decidir los casos, sino que busca unificar la doctrina sobre el alcance de los derechos fundamentales”³⁷

Se entiende además que la sanción que se impone ha sido el resultado de un trámite respetuoso del derecho al debido proceso, que se somete a consulta de manera más que garantista.

Todo lo anterior, es suficiente, para soportar la tesis de que no se puede imponer como requisito adicional para iniciar el trámite incidental, que se agote el proceso de selección ante el Tribunal Constitucional, porque ello implicaría sobrepasar con creces el término que la misma Corte ha determinado para su resolución.

En ese orden de ideas, al considerar esta Sala que no es un requisito para el inicio de incidente del trámite incidental de desacato, que el expediente de tutela haya superado la revisión de la Corte Constitucional, pasa a revisar el caso objeto de consulta.

Atendiendo a los criterios expuestos en el acápite destinado a analizar las generalidades y naturaleza del incidente de desacato, considera la Sala que corresponde en este momento determinar si en el sub examine, el Juzgado Tercero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Pasto, verificó la concurrencia de los siguientes presupuestos:

³⁴ Ídem.

³⁵ Supra II, 4.4.2.3.

³⁶ Establece el inciso 2º: “La denegación de la tutela no puede invocarse para excusar las responsabilidades en que haya podido incurrir el autor del agravio”, norma analizada también en la sentencia C 367 de 2014 aparte 4.3.3.1.6.

³⁷ Corte Constitucional Auto 253 de 2007

- a. A quien estaba dirigida la orden de amparo.
- b. El término otorgado para dar cumplimiento al fallo de tutela.
- c. El alcance de la orden constitucional, para determinar si la misma fue satisfecha de forma oportuna y completa.
- d. En caso de incumplimiento, detectar las razones del mismo y si se configura una responsabilidad subjetiva³⁸

A efectos de lo anterior, de vital importancia es recordar que en el fallo de tutela del 18 de octubre de 2016, el Juzgado Tercero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Pasto, ordenó a la UARIV responder en un determinado tiempo, el derecho de petición que el señor FLORIBERTO SAPUYES CEBALLOS, había interpuesto ante esa entidad el 22 de agosto de 2016, de manera clara, concreta y de fondo, atinente a la ayuda humanitaria que él solicitaba referente al restablecimiento de aquella que otrora había sido suspendida.

En esta oportunidad, del incumplimiento de la entidad requerida da cuenta el incidentalista, quien da fe que hasta el momento no se ha dado respuesta alguna a su solicitud, atendiendo, tal y como se ordenó en la sentencia de tutela, sin que se presente justificación alguna por parte de la UARIV para dicha omisión, dando lugar a la iniciación del incidente de desacato que concita la atención de esta Sala, más aún, teniendo en cuenta el estado de vulnerabilidad alegado, y que se presume cierto porque la entidad incidentada jamás controvertió.

Sobre el cumplimiento del primero de los requisitos arriba transcritos, se tiene que si bien la orden judicial se impartió a la UARIV de manera genérica, en el transcurso del proceso, según las averiguaciones realizadas por el Juez que impuso la sanción, se determinó que la funcionaria encargada de cumplir la tutela según el organigrama de la incidentada es la Doctora GLADYS CELEIDE PRADA PARDO, en su condición de Directora Técnica de Registro y Gestión de la Información de la UARIV, quien efectivamente fue vinculada al trámite incidental como consta en el auto de apertura respectivo.

Respecto al término del cumplimiento de la orden impartida en la sentencia, no hay lugar a dudas que era de 48 horas contadas a partir de la notificación de la sentencia, lapso superado con creces sin que la UARIV hubiese dado acatamiento a las disposiciones emanadas por el Juez Constitucional.

En lo que atañe al alcance de la orden impartida, como ya se ha venido exponiendo, no era más que dar respuesta al derecho de petición que el incidentalista había presentado ante la UARIV el 22 de agosto de 2016, con el único propósito de que la ayuda humanitaria que había sido suspendida, se restablezca atendiendo las circunstancias particulares que presentaba tanto él como su familia.

En este punto, cabe resaltar que de acuerdo a la contestación de la entidad incidentada, existe una respuesta a un derecho de petición presentado por el mismo señor FLORIBERTO SAPUYES CEBALLOS, sin embargo se hace referencia a un derecho de petición presentado en una época diferente a la que se hace referencia dentro del trámite de la acción de tutela e igualmente del trámite incidental, ya que en primer lugar el mismo es resuelto de fondo para el mes de octubre del año 2015, tal y como se puede observar en las pruebas aportadas por la UARIV, y en segundo lugar no se hace referencia a la reactivación de la ayuda humanitaria solicitada por el incidentalista en el mes de agosto de 2016, sino a la suspensión que se había realizado de los componentes de la atención humanitaria a partir de la resolución Nro. 0600120150078927 de 2015, casi un año atrás de la petición que hoy se evidencia jamás fue resuelta – 22 de agosto de 2016 –, y generó la vulneración del derecho fundamental de petición del señor SAPUYES CEBALLOS por parte de la UARIV, vulneración que hasta la presente fecha sigue prolongándose sin motivo y justificación alguna; resolución con fecha notoriamente alejada, incluso, de la de la orden tutelar dirigida a la incidentada por parte del Juez Constitucional – 18 de octubre de 2016 –, así como de la imposición de la sanción por desacato – 26 de diciembre de 2016 –, que hoy es objeto de consulta por esta Corporación.

Así pues, atendiendo las circunstancias particulares del caso, encuentra esta Colegiatura, que el aspecto subjetivo se encuentra plenamente estructurado, pues la desidia de la UARIV para dar cumplimiento efectivo a la orden tutelar anteriormente referida, no denota cosa diferente, desatendiendo sin ninguna justificación plausible los mandatos

³⁸ Sentencia T-1113 de 2005.

de la autoridad judicial. Situación que es incluso más evidente, irresponsable y burlesca, cuando la demandada arguye que dio respuesta a un derecho de petición que fue interpuesto para el año 2015, sin percatarse, que la orden tutelar y el trámite incidental, hacían referencia a un derecho de petición interpuesto en el mes de agosto de 2016, y que trataba de un tema completamente diferente – restablecimiento de una ayuda humanitaria – al que por medio de resolución del año 2015, la UARIV responde al señor SAPUYES CEBALLOS – suspensión de la entrega de componentes de atención humanitaria –.

Corolario de lo anterior, la sanción por desacato emitida por el Juzgado Tercero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Pasto, resulta jurídicamente acertada, en consonancia además con los lineamientos jurisprudenciales emitidos en la materia, por lo que la Sala confirmará la decisión objeto de consulta.

Ofrece reparo sin embargo, el mecanismo que se pretende utilizar para hacer efectiva la sanción en cuanto a la emisión de una orden de captura, pues como se explicó por esta Corporación en anterior oportunidad resulta desproporcionado³⁹. Por eso, es importante retomar algunos apartes jurisprudenciales antes reseñados que permiten a la Sala presentar alternativas a las que se puede acudir de manera antecedente a impartir una orden de captura.

Así, en la Sentencia C – 367 de 2014, al explicarse el trámite a seguir en el incidente de desacato, se reseña como una tercera etapa previa a la consulta, la de *“notificar la providencia que resuelva el incidente”*. Implica lo anterior, y conforme a uno de los objetivos que busca el incidente de desacato, que es el persuasivo, que se debe brindar la oportunidad a los responsables de cumplir el fallo de tutela, antes de que se haga efectiva la sanción.

Para el caso en concreto y atendiendo que el trámite de consulta se adelantó en efecto suspensivo, en acatamiento de la decisión de constitucionalidad C-243 de 1996⁴⁰, es evidente que la destinataria de la sanción aún no está enterada de la consecuencia de su negligencia.

En esa medida, entonces, el Juzgado Tercero de Ejecución de Penas, se encargará de manera previa a que se haga efectiva la sanción, de agotar los siguientes pasos:

En primer lugar, notificar la decisión que impone la sanción conforme se ordena en el numeral quinto de la parte resolutive.

En segundo lugar, se concederá un plazo de cuarenta y ocho (48) horas, que corresponde al término concedido en el fallo de tutela inicial, contados desde la mentada notificación, para que la Doctora GLADYS CELEIDE PRADA PARDO en su condición de Directora Técnica de Registro y Gestión de la Información de la Unidad Para la Atención y Reparación de Víctimas, cumpla con lo ordenado. El plazo concedido se comunicará a través del trámite de notificación

En tercer lugar, y vencido el plazo anterior sin que se verifique el cumplimiento del fallo de tutela, se instará a la mentada funcionaria para que voluntariamente, cumpla con la medida de arresto impuesta.

En cuarto lugar, y en caso de que la responsable no asuma de manera voluntaria el cumplimiento de la sanción, se ordenará su conducción ante las autoridades del caso, para que la Doctora. GLADYS CELEIDE PRADA PARDO, sea trasladada al lugar en el que deba cumplir la sanción de arresto.

Finalmente, y ante la eventualidad de que las anteriores medidas no surtan los efectos que se espera, se girará la correspondiente orden de captura.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, en Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

³⁹ Auto de enero 19 de 2015. Proceso: No. 520013187001 2013 00387 02. MP Gloria Oviedo Zambrano

⁴⁰ A través de dicha decisión se declaró inexecutable la expresión *“la consulta se hará en el efecto devolutivo”* del artículo 52 del Decreto 2591 de 1991.

RESUELVE:

1º. CONFIRMAR la providencia objeto de consulta, salvo lo establecido en el numeral segundo de la parte resolutive, para que de manera previa a la orden de captura, se agoten las medidas indicadas en la presente decisión.

2º. Realizadas las anotaciones de rigor, devuélvase el expediente al juzgado de origen para lo de su cargo.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

BLANCA LIDIA ARELLANO MORENO

Magistrada

SILVIO CASTRILLÓN PAZ

Magistrado

JOSÉ ANÍBAL MEJÍA CAMACHO

Magistrado

JUAN CARLOS ÁLVAREZ LÓPEZ

Secretario

PREACUERDOS – CONTROL MATERIAL: Estos obligan al juez de conocimiento, salvo vulneración de garantías fundamentales./ **PREACUERDOS - Límites del Control Material y el Principio de Congruencia.** / **PREACUERDOS - Principios de Flexibilidad de la Imputación Jurídica y Progresividad de la Actuación Procesal.** / **PREACUERDOS – VALORACIÓN PROBATORIA –** Al no ser una valoración propia del juicio oral, le corresponde a la Fiscalía analizar los elementos probatorios con los que cuenta, para realizar la adecuación jurídica que considera procedente./ **PREACUERDOS – CONTROL JUDICIAL:** No consiste en hacer prevalecer su criterio sobre el de la Fiscalía en cuanto a la calificación jurídica de la conducta. / **PREACUERDOS: Modalidades** - Siendo que la acusación es función privativa y exclusiva del ente instructor y que la función de la judicatura en el tema de preacuerdos se agota con la verificación formal de su desarrollo, salvo flagrante vulneración de garantías fundamentales, en tanto el control material es incompatible al sistema penal acusatorio, se considera que no es posible improbar el preacuerdo, en el cual el ente acusador modificó unilateralmente la imputación jurídica inicialmente efectuada, para adicionar que el procesado actuó influenciado por circunstancias de marginalidad e ignorancia, por cuanto dicha variación jurídica no hizo parte del convenio ni implica una rebaja punitiva, la cual se encuentra prohibida cuando la víctima de los delitos por los cuales se procede es menor de edad, sino que es el producto de las valoraciones del fiscal sobre la calificación jurídica correcta, derivadas de los nuevos elementos recaudados en su investigación, teniendo en cuenta la flexibilidad de la imputación y en aplicación del principio de progresividad, sin que hubiera variado el núcleo fáctico de la imputación; y en tanto el preacuerdo entendido como acusación, al cual se allana el procesado, constituye una solicitud de condena, el Juez no puede desconocerlo para presentar su propia adecuación jurídica, ni realizar una valoración probatoria de tales elementos, como aquella que se desarrolla en una audiencia de juicio oral; debiendo proferir la sentencia conforme la solicitud de la Fiscalía, que en este caso al tratarse de la modalidad de un preacuerdo simple, deberá ser condenatoria por el delito aceptado de manera llana por el procesado, so pena de afectar el principio de congruencia./

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SALA DE DECISIÓN PENAL**

Magistrada Ponente: Dra. Blanca Lidia Arellano Moreno

Proceso No.: 520016000485201011746-1
N.I. 5699
Delito: Acceso Carnal en persona puesta en incapacidad de resistir agravado
Aprobado: Acta No. 10
Fecha de aprobación: abril 28 de 2016

San Juan de Pasto, mayo cinco (5) de dos mil dieciséis (2016)

OBJETO DE LA DECISIÓN

Se pronuncia la Sala sobre el recurso de apelación interpuesto por el abogado defensor del señor **EVC**, frente a la decisión proferida el 22 de octubre de 2015 por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Pasto, que imprueba el preacuerdo presentado por la Fiscalía Diecinueve Seccional de Pasto, a través del cual el precitado acepta los cargos por el delito de ACCESO CARNAL EN PERSONA PUESTA EN INCAPACIDAD DE RESISTIR AGRAVADO, previsto en los artículos 207 y 211-6 del C.P.

1. ANTECEDENTES

1.1. FÁCTICOS

Los hechos se describen en el acta de preacuerdo de la siguiente manera:

*En los primeros días del mes de agosto del año 2010, un día sábado, cuando la menor D.C.B.D.¹, de 15 años de edad, se iba a trasladar al sector del Barrio Miraflores de la ciudad de Pasto, al Barrio "Aire Libre" con el objeto de hacer una tarea con una amiga de nombre A, tomó el servicio de un mototaxi que era conducido por el Sr. **EVC**, y una vez le pasa el casco y se lo pone, se empezó a sentir mareada y con dolor de cabeza, como si no fuera ella y este sujeto le empezó a decir que estaba bonita, que fueran a un motel y a raíz de lo mareada que estaba ella le contestó que sí y sólo recuerda entre visiones que estaban desnudos y posteriormente recuerda que se encontraba caminando sola por el sector del "Niño Jesús" del barrio "Lorenzo".*

*Al día siguiente **EV** la llamó a la menor a su número celular y le manifestó que quería hacer el amor con ella, que estaba frente a la casa por lo cual reaccionó manifestándole que no salía que no la molestara, que les iba a avisar a sus padres, ante lo cual el precitado procedió a amenazarla diciéndole que si no salía iba a hablar con los profesores y compañeros, y que además le mandaba unos matones y que la mandaba a matar y mataba a uno de sus familiares, por lo cual se asustó, pero no salió y debido al estado de angustia que le generó la amenaza no contó a nadie de lo sucedido. Al día siguiente cuando salía de la casa de una tía, la volvió a llamar y por miedo a la amenaza que le había hecho el día anterior, se acercó a la moto, en ese momento nuevamente sacó una franela, la sacudió y en ese instante se sintió mareada, le dijo que se subiera, ella accedió y la llevó a un hotel por el terminal de transportes, donde recuerda, entre borrones que estaban desnudos, este hecho se repitió al día siguiente, como consecuencia de estos hechos la menor resultó embarazada y tuvo un bebé fruto del abuso".*

1.2. ACTUACIÓN PROCESAL:

Los hechos antes descritos fueron denunciados ante la Fiscalía el día 3 de diciembre de 2010, por parte de la señora YSDR, madre de la menor D.C.B.D.

Adelantada la investigación, el ente acusador solicitó ante un Juez de Control de Garantías la emisión de orden de captura, la cual fue cumplida el día 29 de abril de 2014, como consecuencia, se adelantaron al día siguiente las audiencias preliminares a través de las cuales se declaró la legalidad de la captura. A su vez la Fiscalía, realizó imputación en calidad de AUTOR y modalidad DOLOSA, en CONCURSO MATERIAL Y HOMOGÉNEO, por el delito de ACCESO CARNAL EN PERSONA PUESTA EN INCAPACIDAD DE RESISTIR tipificado en el artículo 207 del C.P., agravado conforme al artículo 211-6, por cuanto la menor quedó en estado de gravidez.

Los cargos no fueron aceptados y la Fiscalía solicitó medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario, la que fue decretada.

Continuando con el trámite procesal la Fiscalía, presentó escrito de acusación el 11 de junio de 2014, luego de lo cual se realizó audiencia de formulación de acusación el 9 de septiembre de 2014, manteniéndose la imputación jurídica atrás indicada.

Se avanza hasta realizar la audiencia preparatoria que se llevó a cabo el 4 de septiembre de 2014, y una vez que se fija fecha para dar inicio a la audiencia de juicio oral, se presenta acta de preacuerdo, de fecha octubre 20 de 2015, suscrita por la Fiscalía y el acusado, con la asesoría de la defensa y la aquiescencia de la parte afectada por el delito, representada por la madre de la menor D.C.B.D..

¹ Se omite el nombre conforme a las previsiones de la Ley 1098 de 2006

El acta de preacuerdo, registra los fácticos atrás reseñados, al igual que la imputación primigenia que atribuye al acusado la comisión del delito de ACCESO CARNAL EN PERSONA PUESTA EN INCAPACIDAD DE RESISTIR tipificado en el artículo 207 del C.P., agravado conforme al artículo 211-6, por cuanto la menor quedó en embarazo, en CONCURSO MATERIAL Y HOMOGÉNEO. Con grado de participación a título de AUTOR, bajo la modalidad DOLOSA.

La anterior imputación, es variada de manera unilateral por parte de la Fiscalía, reconociendo que el procesado actuó bajo las circunstancias modificadoras contempladas en el artículo 56 del C.P. y aclara que ello no constituye preacuerdo, sino una modificación de la acusación realizada, ateniéndose a elementos probatorios que le permiten adoptar dicha decisión, tales como el concepto psicológico, entrevistas de testigos y el interrogatorio rendido por el acusado. Se pacta además, una pena de Ciento dos (102) meses de prisión.

El señor Juez, procedió como consecuencia a adelantar verificación del preacuerdo, cumpliendo con las ritualidades legales, y con base en ellas, constató que el acusado, aceptó los cargos antes mencionados, sin embargo, decidió improbarlo en audiencia efectuada el 22 de octubre de 2015, conforme a los argumentos que enseguida se resumen.

1.3. LA DECISIÓN IMPUGNADA:

El señor Juez de primera instancia, inicialmente realiza una breve reseña de los fácticos y la actuación procesal adelantada.

Pasa luego a examinar la legalidad del preacuerdo, indicando de entrada, el marco en el cual se debe desarrollar dicho estudio, que comprende por un lado aquella preceptiva legal del artículo 199 de la ley 1098 de 2006, que en su numeral 7º impone la prohibición de pactar rebajas de pena con fundamento en preacuerdos y negociaciones entre la Fiscalía y el procesado; y por otra parte, acudiendo a la jurisprudencia nacional, hace énfasis en que si bien el ejercicio de adecuación típica atañe con exclusividad a la Fiscalía, el Juez puede realizar un control material de dicha actuación cuando se quebrante de manera grosera y patente algún derecho o garantía fundamental, como son los principios de legalidad, estricta tipicidad, debido proceso y jurisdiccionalidad.

Presentado este marco de movilidad, pasa a realizar control material de los términos de la negociación, entendiendo que en el caso, no se configuran los presupuestos que permitan reconocer que el señor **EVC** es una persona marginal o que ostente un nivel de ignorancia tal, y que entre uno y otro aspecto hayan incidido en la comisión del delito que se le atribuye.

Para arribar a dicha posición, no solo se enfoca en determinar cuándo en determinadas situaciones, hay marginalidad o ignorancia, sino que además realiza un estudio de la personalidad del acusado, lo cual no le permite atender la variación realizada por la Fiscalía, y si acaso por la baja capacidad intelectual que ostenta, permitiría reconocer a su favor la circunstancia de menor punibilidad contemplada en el numeral 8º del artículo 55 del C.P.

Concluye entonces que la variación jurídica que realiza la Fiscalía es indebida al no tener comprobación como circunstancia propia de la conducta punible que pretende ser introducida, con lo cual se presenta en realidad como un beneficio tendiente a reducir la pena, lo cual está proscrito por el numeral 7º del artículo 199 de la ley 1098 de 2006 y por ende atenta contra la legalidad y la estricta tipicidad como derechos fundamentales que se gestan al interior del proceso penal, por lo cual resuelve IMPROBAR el preacuerdo.

1.4. SUSTENTACIÓN DE LA APELACIÓN:

La defensa no comparte la decisión del señor Juez de conocimiento al realizar control material de la acusación y el preacuerdo, quien acoge la tesis según la cual, la Fiscalía tiene la posibilidad de variar la imputación, pero el juzgador puede ejercer control material excepcionalmente cuando se presenta como grosera o arbitraria o se quebrante garantías fundamentales.

Para respaldar su oposición, tiene en cuenta pronunciamientos jurisprudenciales, a través de los cuales se encuentra una línea dominante que hace referencia a la imposibilidad de que el juez del caso, realice control material sobre un preacuerdo que legalmente hace las veces de acusación, aunque de manera muy excepcionalísima ello sea

admisible. En ese sentido invoca los fallos de tutela de la Corte Suprema de Justicia T-72092 de 2014 y T79041 de 2015, y enuncia algunos de sus apartes.

Con base en la línea jurisprudencial dominante, el abogado defensor, explica que el Juez de primera instancia, realiza un análisis según el cual no se puede tener como persona marginal al señor EVC, y las circunstancias que se presentan, en últimas se encajarían en el numeral 8º del artículo 55 del C.P., examen con el cual la defensa considera que se hace control material sobre acusación, porque estima el señor Juez que la fiscalía debería adecuar el comportamiento delictivo en el artículo 55-8 del Estatuto Penal, y no en el artículo 56 del mismo.

Hace hincapié en que la fiscalía presenta su teoría del caso, determinando que el acusado incurre en el delito enrostrado pero desde la perspectiva del art 56 del C.P., y sugerir que se debe aplicar el artículo 55 ibídem, es imponer el criterio del Juez, lo que no procede porque los roles son claros: la Fiscalía acusa y la Judicatura sanciona, pero sin hacer intromisión en la actividad investigativa y en el *nomen juris*, que para la Fiscalía corresponde a las circunstancias previstas en el art 56 enunciado.

Por otra parte, cuando se hace alusión al nexo de causalidad entre las circunstancias a que se hace referencia y la comisión del delito, sugerir que debe existir ese nexo y luego decir que no existe, implica hacer un control material frente a la variación de la acusación.

Sintetiza la defensa, recalcando que la posición mayoritaria de la Corte Suprema de Justicia, en decisiones de tutela y de casación, establece que no procede realizar control material sobre la acusación, y que solo se debe hacer excepcionalmente pero atendiendo a fundamentos fácticos y jurídicos.

Agrega, que pese a que no se abordó por parte de la primera instancia, el tema en cuanto a la oportunidad procesal para realizar modificación de la calificación, es importante precisar que la adecuación jurídica puede hacerse hasta el alegato final, conforme a línea jurisprudencial que explica que la acusación es un acto complejo, que puede cambiar con ocasión de la dinámica probatoria, como así se indica entre otras decisiones en el pronunciamiento SP 34022 junio 8 2011 - MP Julio Enrique Socha Salamanca, cuando se explica que la variación se puede realizar hasta el alegato conclusivo.

Y precisamente, en el caso, hay una mutación que no va en desmedro de los derechos de las víctimas ni del procesado, porque el representante de aquellas, ha mostrado su conformidad, en el preacuerdo por medio del cual se aplica el artículo 56 del C.P. y se reconoce de manera unilateral como lo afirma la delegada de la Fiscalía.

Concluye la defensa que se ha realizado un control material al no avalar la modificación, por parte del Juez, con lo cual impone su propio criterio sobre el de la fiscalía.

Por lo anterior, solicita a la Sala que se revoque la decisión de primera instancia, para en su lugar ordenar que se prosiga con el trámite legal y se apruebe el preacuerdo.

1.5. INTERVENCIÓN DE LOS NO APELANTES

La Fiscalía expone que se atiene a lo que se decida en el trámite de la alzada.

La Representante de las víctimas, se abstiene de realizar cualquier pronunciamiento.

El Delegado del Ministerio público, interviene indicando que en principio, acogiendo las bases jurisprudenciales, citadas por la Defensa, se acepta que hay aspectos generales en los cuales el control material que realiza el Juez, es limitado; sin embargo, considera que el motivo de discusión, es determinar si la variación que realizó la Fiscalía, encuadra en aquellos eventos que indica la CSJ, como aquellos en los que excepcionalmente se permite realizar un control material por parte del Juez, en la medida en que esa variación de la imputación se realiza, aplicando el Art. 56 del C.P.

El delegado del Ministerio Público, pone de presente, que no conoce jurisprudencia a través de la cual se avale, que en aquellos delitos previstos en el artículo 199 de la Ley 1098 del 2006 se pueda hacer una variación de

imputación aplicando una atenuante, con base en una situación de marginalidad.

Por otra parte, la variación de la imputación, se realiza cuando ya se superó la etapa de la acusación, por lo cual la rebaja de pena no podría fijarse en una tercera parte, sino en una sexta; pero además, se realiza con aplicación de la marginalidad en un delito en el que se afectan los derechos de los menores, por lo que dicha actuación está prohibida, y por ello comparte el criterio del juez de instancia, cuando estima que el Juez no puede ser un convidado de piedra, cuando hay unas normas superiores que rigen la actuación, entre las cuales se encuentra el Art. 44 de la Constitución Nacional, que indica que los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás.

El anterior aspecto no se puede pasar por alto, para reconocer una diminuyente, que en términos de la judicatura, implica disfrazar la aplicación de la figura para que surta efectos en una rebaja de pena, por lo cual solicita a la Corporación, para que se analice el caso en su contexto.

Pese a lo anterior, solicita a esta Corporación para que se establezca *"si ya pasada la acusación, la Fiscalía sigue de ahí en adelante teniendo también la potestad (...) de hacer la variación en cualquier momento"*.

Para finalizar, explica que comparte los criterios de la Judicatura, y por ello solicita al Tribunal Superior mantener la decisión apelada.

2. CONSIDERACIONES DE LA SALA

2.1. COMPETENCIA:

De conformidad con lo preceptuado en el numeral 1º del artículo 34 de la Ley 906 de 2004, esta Corporación –Sala de Decisión Penal - es competente para conocer del recurso de apelación interpuesto por la defensa del procesado **EVC**, contra la decisión de primera instancia adoptada por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Pasto.

2.2. PROBLEMA JURÍDICO

¿El juez de conocimiento ostenta la facultad de realizar control material de un preacuerdo en el cual la Fiscalía varía unilateralmente la imputación jurídica que inicialmente se realizó por un delito de ACCESO CARNAL EN PERSONA PUESTA EN INCAPACIDAD DE RESISTIR AGRAVADO, previsto en los artículos 207 y 211-6 del C.P., que se adiciona para reconocer que el autor del mismo actuó influenciado por circunstancias de marginalidad e ignorancia, según lo previsto en el artículo 56 del C.P.?

2.3. FUNDAMENTOS LEGALES Y JURISPRUDENCIALES

Se presenta un punto de partida que no ofrece discusión, como así lo enuncia el señor Juez de instancia, en tanto que el artículo 250 de la Constitución Política atribuyó a la Fiscalía General de la Nación el ejercicio privativo de la acción penal, sin embargo, a través de la casuística ventilada en los estrados judiciales, en más de una ocasión, ha surgido tensión entre dicha función asignada al ente acusador, y que se refleja al momento de realizar la imputación jurídica o la acusación, y el control ya sea formal o material que realiza el Juez sobre dichas actuaciones.

En lo que respecta al control material es mucho más arduo el debate, razón por la cual no se puede hacer referencia a que el mismo se encuentre finiquitado o clausurado, y en tal sentido, es acertado el presupuesto del cual parte la defensa cuando acoge la postura dominante, más no unánime de la línea construida, en la cual además de las citas invocadas en la sustentación de la apelación, esta Sala tendrá en cuenta la siguiente guía, en la cual la Corte Suprema de Justicia, luego de realizar un recuento del precedente jurisprudencial, establece las siguientes subreglas:

"3.3.1. En estas condiciones, ha de entenderse que el control material de la acusación, bien sea por el trámite ordinario o por la terminación anticipada de la actuación, es incompatible con el papel imparcial

que ha de fungir el juez en un modelo acusatorio. Aun cuando existen disposiciones de la Ley 906 de 2004, que consagran su función a la consecución de la justicia y la verdad como normas rectoras², estos principios operan dentro de la mecánica del sistema y no dan aval para adjuntarle postulados ajenos a su naturaleza intrínseca. Así, el horizonte al que ha de estar dirigida la hermenéutica.” (Resaltado fuera del texto original)

Con base en la jurisprudencia citada, se debe concluir que por regla general el juez no puede hacer control material a la acusación del fiscal en los procesos tramitados al amparo de la Ley 906 de 2004, pero, excepcionalmente debe hacerlo frente a actuaciones que de manera grosera y arbitraria comprometan las garantías fundamentales de las partes o intervinientes.

10.- Esta reseña jurisprudencial, para denotar que la doctrina de esta Corte ha sido persistente en indicar que la aceptación de responsabilidad por parte del acusado mediante el allanamiento o cargos, o el acuerdo celebrado con la fiscalía con miras al proferimiento de un fallo anticipado, no sólo son vinculantes para la fiscalía y el implicado. También lo son para el juez, quien debe proceder a dictar la sentencia respectiva, de conformidad con lo convenido por las partes, a menos que advierta que el acto se encuentra afectado de nulidad por vicios del consentimiento, o que desconoce garantías fundamentales, eventos en los cuales debe anular el acto procesal respectivo para que el proceso retome los cauces de la legalidad, bien dentro del marco del procedimiento abreviado, o dentro de los cauces del juzgamiento ordinario”³.

Y debe además, la Sala rememorar la enseñanza jurisprudencial, en torno a dos tópicos importantes para resolver el problema planteado sobre los límites del control material y el principio de congruencia, cuando en pretérita oportunidad se dijo por el alto Tribunal:

“Cabe advertir que la imputación se encuentra caracterizada por su alto grado de flexibilidad, pues en aplicación del principio de progresividad, a medida que avanzan las actividades investigativas, y con ello la recolección de nueva información, es posible que sea necesario ajustarla en orden a su precisión, siempre y cuando estos no supongan la alteración de la facticidad comunicada.

Ciertamente, algo distinto ocurre con su componente jurídico, pues este no predetermina la acusación ni la sentencia, razón por la cual la Fiscalía puede introducirle variaciones en la acusación, momento a partir del cual se erige en límite de la sentencia en sus aspectos personal, fáctico y jurídico, tal como lo prevé el artículo 448 de la Ley 906 de 2004, al establecer que:

«El acusado no podrá ser declarado culpable por hechos que no consten en la acusación, ni por delitos por los cuales no se ha solicitado condena.».

Con este criterio, reiteradamente la Sala⁴ ha sostenido que la imputación constituye una condicionante fáctica absoluta de la acusación; por ello, entre estos dos actos debe existir una adecuada relación de correspondencia, exigencia que, como se ha dicho, no se extiende al ámbito jurídico, cuya congruencia solo es exigible entre la acusación y la sentencia, y con un carácter relativo, puesto que el juez puede condenar de manera atenuada, siempre que respete el núcleo fáctico central de la acusación⁵.

(...)

² Artículo 5. “Imparcialidad. En ejercicio de las funciones de control de garantías, preclusión y juzgamiento, los jueces se orientarán por el imperativo de establecer con objetividad la verdad y la justicia”.

Artículo 10. “Actuación procesal. La actuación procesal se desarrollará teniendo en cuenta el respeto a los derechos fundamentales de las personas que intervienen en ella y la necesidad de lograr la eficacia del ejercicio de la justicia. En ella los funcionarios judiciales harán prevalecer el derecho sustancial... El juez podrá autorizar los acuerdos o estipulaciones a que lleguen las partes y que versen sobre aspectos en los cuales no haya controversia sustantiva, sin que implique renuncia de los derechos constitucionales... El juez de control de garantías y el de conocimiento estarán en la obligación de corregir los actos irregulares no sancionables con nulidad, respetando siempre los derechos y garantías de los intervinientes”.

³ CSJ SP, feb 3 2016. Rad. 43356. MP José Leonidas Bustos Martínez

⁴ Cfr. CSJ, SP, 28 de noviembre de 2007, Rad. 27518; CSJ, SP, de 30 de octubre de 2008, Rad. 29872; CSJ, AP, de 5 de septiembre de 2012, Rad. 39799; CSJ, AP, de 3 de julio de 2013, Rad. 36467; entre otras

⁵ Sobre el punto puede consultarse, entre otras, la providencia del 27 de julio de 2007 (radicado 26.4687).

Es importante advertir que en supuestos como el que hoy se analiza no estamos frente a un control material de la acusación, el cual opera cuando el juez, verbi gracia, muestra su inconformidad con los punibles por los que se acusa, o determina si es completa, o si se excluyen o dejan de incluirse delitos, o circunstancias con consecuencias punitivas; decisiones estas que son de la competencia exclusiva de la Fiscalía derivadas de la discrecionalidad en el ejercicio de la acción penal⁶.

De ahí que en pronunciamientos como el invocado por la defensa⁷, se haga referencia a la acusación como un acto complejo⁸.

Por otra parte, esta Corporación regional, en decisión anterior, que tampoco fue unánime, avaló la legalidad de un preacuerdo en el cual la Fiscalía realizó variación de la imputación inicial, pese a que podía existir discusión en cuanto al proceso de adecuación jurídica adelantado, en tanto que se atribuyó inicialmente la comisión de un delito de Actos Sexuales Abusivos, que luego, con base en el interrogatorio rendido por el acusado, consideró se ajustaba a un delito de Acoso Sexual.

En esa oportunidad se enunció:

"Dentro de un modelo procesal de marcada tendencia acusatoria, como el nuestro, los preacuerdos son vinculantes para el Juez, con lo cual se patentiza la separación de funciones de acusación, defensa y juzgamiento – que es inherente o consustancial a esta sistemática de enjuiciamiento criminal (principio acusatorio), y clara muestra del concepto de Juez o Tribunal Imparcial, pero siempre y cuando dicho acuerdo no ofenda las garantías fundamentales propias del estado social y democrático de derecho

(...)

Así las cosas, impera en nuestro sistema de juzgamiento de marcada tendencia acusatoria, promulgado por la ley 906 de 2004, la separación de funciones de acusación, defensa y juzgamiento – que es inherente o consustancial a esta sistemática de enjuiciamiento criminal, y clara muestra del concepto de Juez o Tribunal Imparcial, por lo tanto, el papel que tiene el juez de conocimiento respecto a la acusación presentada, es inicialmente formal, pues le está vedado dirigir o corregir la tarea de acusación del Fiscal, por lo que de hacerlo, no sólo vulneraría el derecho al debido proceso del acusado sino también nublaría el principio de imparcialidad, al dirigir la acusación y proponer su propia "teoría del caso".

Conforme al principio acusatorio, es la Fiscalía la encargada de dar el "nomen iuris" a la imputación jurídica, de acuerdo a los supuestos fácticos del caso en concreto y a los elementos materiales probatorios que de la exhaustiva indagación preliminar realizada pudo conseguir, pero siempre respetando así los principios rectores de legalidad y estricta tipicidad que señalan que la pretensión punitiva debe adecuarse a la ley penal preexistente, dándole a la conducta típica cometida la calificación penal que le corresponde.

Unido a lo anterior, la Corte Suprema de Justicia, en diferentes fallos de tutela y casación,⁹ ha optado por la tesis que sustenta que el Juez de Conocimiento no puede realizar un control material a la acusación y a la suscripción de preacuerdos, pues dicho control es incompatible al sistema penal acusatorio".¹⁰

⁶ CSJ, SP, feb 11 2015. Rad. 39894, MP José Leonidas Bustos Martínez

⁷ CSJ, SP, jun 8 2011. Rad. 34022- MP Julio Enrique Socha Salamanca

⁸ Ver además: SP mar 10 2010. rad 32.868 MP Sigifredo Espinosa Pérez, SP mar 16 2011, rad. 32685, SP 40022 feb 27 2013 MP José Luis Barceló Camacho

⁹ Fallos del 24 de septiembre de 2013, rad. 69478; del 13 de noviembre de 2013, rad. 70392; del 4 de diciembre de 2013, rad. 70.712; del 27 de febrero de 2014, rad. 72092; del 16 de diciembre de 2014, rad. 76549 y del 2 de febrero de 2015, rad. 77673.

¹⁰ T.S. Pasto. AP, feb 23 2016. Rad. 520016000485201105288-1 NI. 9251 MP Dr. Silvio Castrillón Paz

2.4. ESTUDIO DEL CASO

Ya se indicó por parte de esta Sala, que la facultad del Juez de conocimiento para realizar control material, sobre la imputación o la acusación, ha generado un debate, que no ha sido pacífico, a nivel jurisprudencial y doctrinal, al igual que en los estrados judiciales, pues la solución en la casuística, depende de la forma en que intervienen los extremos procesales, sobre todo, cuando no hay coincidencia en el examen realizado por el Juez y el Fiscal, respecto al núcleo del *nomen juris* o de sus circunstancias, lo que puede incrementar el nivel de tensión hasta el punto de quebrantarse los principios del sistema acusatorio, cuando el Juez deja a un lado su rol y reemplaza al Fiscal del caso para hacer en su lugar la imputación o la acusación.

En ese panorama, además, el Juez de conocimiento, sin mediar una audiencia de juicio oral, realiza una valoración probatoria, con base en aquellos elementos materiales, evidencias o información que han sido recaudados por parte del ente acusador a través de su investigación, en la cual es el Fiscal, quien ha manejado un programa metodológico, hipótesis delictivas y demás aspectos que le han permitido determinar el o los cargos, que estima son los que se deben endilgar al justiciable, fijando así una teoría del caso, con base en la cual maneja su estrategia procesal. Situación que se presenta por ejemplo cuando la Fiscalía realiza imputación o acusación o cuando dichas actuaciones se incluyen como parte de una negociación preacordada o simplemente son aceptadas por el destinatario de la acción penal, sin mediar contraprestaciones punitivas.

Entonces, con tales ingredientes y aditamentos, no resulta tarea fácil, determinar si el Juez debe o no realizar control material de la imputación o acusación del Fiscal, y si se asume esa labor, determinar en qué términos realiza tal injerencia.

Puede acogerse una estrategia desde el punto de vista pragmático, aplicando los presupuestos normativos, que señalan que la imputación aceptada constituye la acusación, como así lo regula el artículo 293 de la ley 906 de 2004 o que alcanzado un preacuerdo éste se presenta como escrito de acusación, según se establece en el artículo 350 ibídem.

Bajo ese entendido, nos trasladamos al escenario de una audiencia de formulación de acusación, en cuyo caso, el Juez desbordará su función y asumirá un doble papel de juez y parte, cuando realice acotaciones al Fiscal, por fuera de los requisitos formales que establece el art. 337 procedimental penal, y pase a formular su propia acusación.

Otra estrategia también pragmática, fue planteada por la defensa en su apelación, acudiendo de manera tácita al principio de congruencia fijado en el artículo 448 de la ley 906 de 2004¹¹, y en concordancia con el artículo 350 de la misma ley, que indica como una forma de negociación la tipificación de la conducta dentro de la *"alegación conclusiva"* de una forma específica con miras a disminuir la pena.

Dicha *"alegación conclusiva"*, implica trasladarnos al escenario de una audiencia de juicio oral en la que ha finalizado el debate probatorio, determinando que al tenor de lo dispuesto en el artículo 443 de la Ley 906 de 2004, es al Fiscal, y no a las demás partes e intervinientes, a quien le corresponde exponer oralmente los argumentos relativos al análisis de la prueba, *"tipificando de manera circunstanciada la conducta por la cual ha presentado la acusación"*.

En ese escenario, el Juez del caso, desbordará su función y afectará el principio de congruencia, cuando valorado el caudal probatorio, considere que conlleva a una condena, pero la impone de tal forma que implica para el procesado una mayor lesividad punitiva, como cuando adiciona una circunstancia genérica o específica de agravación punitiva, o desconoce aspectos relacionados con la comisión del delito incluidos en la acusación, según lo previsto en los artículos 27, 56 o 57 del C.P., por solo citar algunos ejemplos.

En esos eventos, indistintamente de que la alegación conclusiva, conste en la acusación plasmada en un preacuerdo o en una audiencia de juicio oral, sus efectos serán los mismos, es decir tendrán fuerza vinculante para el juez, en la medida en que la condena se debe imponer con respeto del principio de congruencia.

¹¹ "El acusado no podrá ser declarado culpable por hechos que no consten en la acusación, ni por delitos por los cuales no se ha solicitado condena".

Ahora bien, aunque los efectos finalmente se dirijan hacia una sola dirección, se presentan notables diferencias en el trámite, pues la aceptación de responsabilidad en cualquier etapa o bajo cualquier contexto, implica que se pretermitan las siguientes fases procesales, para pasar directamente a escuchar la intervención del delegado de la Fiscalía quien presenta su alegación conclusiva, exponiendo su tipificación de la conducta. Como consecuencia, se pretermite también la fase en la cual, los elementos descubiertos por la Fiscalía son introducidos en juicio, convirtiéndose en pruebas que serán valoradas por el Juez; pues en los procesos abreviados, dichos elementos se presentan como respaldo para hacer las verificaciones del inciso tercero, del artículo 327 de la Ley 906 de 2004, en lo que corresponde al mínimo probatorio para realizar la inferencia de la autoría o participación en la conducta y su tipicidad, con lo cual no se arriba a ese nivel de valoración probatoria propiamente dicha, al que se llega mediando los principios de contradicción, intermediación, publicidad e imparcialidad.

De esa forma, al realizarse una valoración propia del juicio oral, el Juez desconoce la dinámica propia de las formas de terminación anticipada, en las cuales la discusión se finiquita por decisión del procesado, quien ha renunciado precisamente a ese juicio oral, y a esa valoración probatoria, en cuyo caso el Fiscal de la investigación, será quien analice los elementos probatorios con los que cuenta, para realizar la adecuación jurídica que considera procedente.

Acotado lo anterior, también resulta de relevancia, para arribar al estudio en concreto, presentar otra alternativa, relacionada con las diversas formas de terminación anticipada del proceso. Al respecto, el ordenamiento jurídico, presentan dos grandes grupos, por un lado el allanamiento a los cargos por parte del procesado, y por otro, los acuerdos o preacuerdos entre éste y la Fiscalía.

Dichas formas, presentan en general, un factor común, cual es la decisión del encartado, de renunciar a sus derechos de no autoincriminación, a guardar silencio y a ser vencido en la oralidad y publicidad de un juicio imparcial, con intermediación, contradicción y confrontación probatoria.

Sin embargo, existen consecuencias punitivas, según el contexto en el cual se produzca esa aceptación de responsabilidad, y en materia de preacuerdos, se presentan diversas modalidades, conforme se establece en el artículo 350 de la Ley 906 de 2004, las cuales, el Dr. EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER, en salvamento de voto parcial, a la decisión, proferida por la Corte Suprema de Justicia¹², las clasifica en **Preacuerdo simple, Preacuerdo con degradación y Preacuerdo con readecuación típica**.

Realizadas las anteriores precisiones, procede la Sala a examinar, los términos del preacuerdo a través del cual el señor **EVC**, acepta los cargos por el delito de ACCESO CARNAL EN PERSONA PUESTA EN INCAPACIDAD DE RESISTIR AGRAVADO, previsto en los artículos 207 y 211-6 del C.P.

En primer lugar es menester extraer algunos puntos que permitirán determinar la solución de la problemática planteada:

1. La delegada de la Fiscalía realiza una variación de la imputación, partiendo de la inicial, esto es, según lo tipificado en los artículos 207 y 211-6 del C.P., como ACCESO CARNAL EN PERSONA PUESTA EN INCAPACIDAD DE RESISTIR AGRAVADO, pero reconoce que en su comisión, influyeron circunstancias que en su criterio se adecúan a lo previsto en el art. 56 del C.P.
2. La anterior modificación, se realiza por parte de la Fiscalía conforme a elementos materiales probatorios obtenidos con posterioridad a la presentación del escrito de acusación (11 de junio de 2014) y de la formulación de acusación (9 de septiembre de 2014). Esto es: Interrogatorio de indiciado, que se recepciona el 20 de octubre de 2015 y concepto rendido por el Psicólogo Gerardo Uribe Ramírez, del 12 de octubre de ese año, entre otros elementos.
3. No se realiza ninguna negociación respecto del delito por el cual se acusó ni se aplica rebaja de pena, como así se deja constancia en el acta de preacuerdo, en los siguientes términos: *"...la Fiscalía de manera unilateral y sin que ello constituya preacuerdo, se permite modificar la acusación realizada ..."*¹³

¹² CSJ, SP 2168-2016, feb 24 2016. Rad. 45736.

¹³ Página 3 el acta de Preacuerdo

4. En cuanto a los términos de aceptación de culpabilidad por preacuerdo, el acusado acepta declararse responsable de los cargos formulados y se fija la pena de CIENTO DOS (102) meses de prisión.

Con estos puntos, realizaremos un recorrido por las diversas estrategias que hemos planteado, a fin de determinar si en el sub judice, el señor Juez realizó un control material por fuera de las facultades legales.

Así, se debe tener en cuenta que la variación de la imputación puede llevarse a efecto en audiencia convocada para ese expreso fin, antes de presentar escrito de acusación o también puede dejarse constancia de ello en dicho escrito, igualmente puede presentarse en la audiencia de formulación de acusación, y luego en el momento en que se presenta la alegación conclusiva. Aunque cabe aclarar que no obstante esta facultad, se impone a la fiscalía el respeto irrestricto hacia la imputación fáctica, pues solo se podrá realizar tal variación en lo que corresponde a la adecuación jurídica.

Y así lo explica nuestra Corte Suprema de Justicia, en el pronunciamiento atrás reseñado¹⁴, en el que se hace referencia al alto grado de flexibilidad de la imputación, que corresponde a la aplicación del *principio de progresividad*, hasta que se realiza la acusación, la que conforma el límite de la sentencia en sus aspectos personal, fáctico y jurídico, según lo prevé el artículo 448 de la Ley 906 de 2004, norma que impone además el respeto por la solicitud de condena cuando el Fiscal así lo determine.

Y se permite la Sala, reiterar en lo explicado en el fallo referenciado, respecto a la imputación fáctica y el principio de congruencia lo siguiente:

“Con este criterio, reiteradamente la Sala¹⁵ ha sostenido que la imputación constituye una condicionante fáctica absoluta de la acusación; por ello, entre estos dos actos debe existir una adecuada relación de correspondencia, exigencia que, como se ha dicho, no se extiende al ámbito jurídico, cuya congruencia solo es exigible entre la acusación y la sentencia, y con un carácter relativo, puesto que el juez puede condenar de manera atenuada, siempre que respete el núcleo fáctico central de la acusación¹⁶.

Como se ve, la variación de la imputación, puede adelantarse en audiencia o por escrito, esto último puede ocurrir cuando se deja constancia de ello en el escrito de acusación o en el acta de preacuerdo, puesto que esta última actuación al igual que la imputación reemplazan la acusación cuando hay aceptación de los cargos por parte del justiciable. Siendo así, nada impide en que la variación de la imputación se realice a través del medio presentado en esta ocasión por parte de la Fiscalía, en los términos aceptados por el señor **EVC**.

Por otra parte el acta de preacuerdo, que hace las veces de acusación, a la cual se allana el procesado, constituye a la vez una solicitud de condena, que el Juez no puede soslayar, ni desconocer, pues se presenta una renuncia expresa al trámite del juicio.

Entendido así el preacuerdo como acusación, se determina que la adecuación jurídica que realiza el señor Juez de primera instancia, invadió la órbita funcional de la Fiscalía cuando consideró que la misma debe modificar su acusación para eliminar de la adecuación jurídica aquellas circunstancias previstas en el artículo 56 del C.P.

Ahora, desde el punto de vista del trámite probatorio y en concordancia con la función asignada a la fiscalía en el artículo 443 de la Ley 906 de 2004, se tiene que aún en el contexto del procedimiento ordinario, los elementos obtenidos con posterioridad a la formulación de acusación en lo que concierne a la Fiscalía, o a la audiencia preparatoria, en lo que respecta a la defensa, se presentarían como prueba sobreviniente al tenor del último inciso del artículo 344 de la Ley 906 de 2004, abriendo las puertas para que la Fiscalía presente una alegación conclusiva a través de la cual realice una adecuación jurídica diferente a la ofrecida en su alegato de apertura, que puede inclusive llegar hasta la solicitud de absolución, como resultado de la práctica de pruebas en su oportunidad descubiertas y decretadas.

¹⁴ CSJ, SP, feb 11 2015. Rad. 39894, MP José Leonidas Bustos Martínez

¹⁵ Cfr. CSJ, SP, 28 de noviembre de 2007, Rad. 27518; CSJ, SP, de 30 de octubre de 2008, Rad. 29872; CSJ, AP, de 5 de septiembre de 2012, Rad. 39799; CSJ, AP, de 3 de julio de 2013, Rad. 36467; entre otras

¹⁶ Sobre el punto puede consultarse, entre otras, la providencia del 27 de julio de 2007 (radicado 26.4687).

Ahora bien, si la solicitud es de condena, deberá respetarse la imputación fáctica, sin sobrepasar el marco jurídico plasmado en la acusación, y en ese caso se impone al Juez la obligación de acatar el principio de congruencia, conforme a la alegación conclusiva presentada por el ente acusador.

Debe anotarse igualmente que aun en el evento en que no se haya descubierto, ni decretado el interrogatorio del acusado, subsiste para éste el derecho a renunciar a su derecho a guardar silencio y solicitar que se lo escuche como testigo en su propio juicio, lo cual procede hasta antes de finalizar la práctica probatoria.¹⁷

De esa forma, la dinámica probatoria propia del Sistema acusatorio que se aleja del principio de permanencia de la prueba del anterior esquema, puede llevar a resultados jurídicos diversos a los planteados al inicio del juicio, conforme a la práctica de la prueba decretada en la audiencia preparatoria, o a la que se presenta como prueba sobreviniente, o por el interrogatorio del acusado.

En el *sub examine*, encuentra la Fiscalía una situación jurídica diferente, que se deriva de los nuevos elementos recaudados en su investigación a instancia de la defensa, consistentes en el interrogatorio que rinde el acusado, un estudio psicológico que corrobora lo que se puede vislumbrar de la forma en que se expresa el señor **EVC** en su intervención, así como entrevistas de allegados que dan cuenta de su personalidad; elementos estos que trasladados a una audiencia de juicio, pueden llevar al ente acusador a presentar su alegato conclusivo, solicitando condena pero reconociendo las circunstancias previstas en el artículo 56 del C.P., sólo que en esta oportunidad se presentan a través de un acta de preacuerdo.

Siendo así, se determina que el control material que realizó el señor Juez, desbordó su facultad, en cuanto que la alegación conclusiva debe presentarse de manera diferente, y que no obstante el reconocimiento que en ella se hace de las circunstancias previstas en el artículo 56 del C.P., la condena que deviene de la aceptación de cargos, debe imponerse sin atender dicha norma.

Ahora, no solo por la facultad que ostenta la Fiscalía de presentar el alegato conclusivo, corresponde el respeto a su posición jurídica, sino porque además adoptar decisiones por fuera del marco entregado por el ente acusador, en detrimento del acusado, se estaría afectando el principio de congruencia.

Inclusive, si nos atenemos a que la Fiscalía actúe de manera coherente con su posición, se entendería que una vez improbadado el preacuerdo, se continúe con el procedimiento ordinario, que conlleva al desarrollo del juicio oral, en el cual o bien se presenta la teoría del caso fijando su nueva posición, o bien practicadas las pruebas, presente el alegato conclusivo, solicitando como en este caso, se profiera sentencia condenatoria, por los cargos incluidos en la acusación, pero reconociendo que el procesado actuó al amparo de las circunstancias previstas en el artículo 56 del C.P., de lo que resulta que la condena debería imponerse conforme a la solicitud de la fiscalía, so pena de afectar el principio de congruencia. Cuando además al tenor de lo dispuesto en el artículo 443 de la Ley 906 de 2004, el Fiscal, es el único autorizado para tipificar la conducta punible.

De tal manera que la variación que realiza la fiscalía de la imputación jurídica, es vinculante no solo para el Juez sino para el mismo ente acusador, y una vez adoptada esta posición debería mantenerla, aún si el preacuerdo se declara ilegal y se continua el proceso por la vía ordinaria, al punto que la Corte Suprema de Justicia, casó un fallo condenatorio, el cual se impuso como resultado de un juicio, y lo reemplazó para atender los cargos plasmados en un preacuerdo que previamente se había declarado ilegal.¹⁸

Ahora bien, y continuando con el enfoque probatorio pero en armonía con el procedimiento abreviado, que deviene de la aceptación de responsabilidad, se hizo claridad en que no se presenta una valoración probatoria, como aquella que se desarrolla en una audiencia de juicio oral. Y así ocurre en el presente asunto, pues los elementos valorados por la Fiscalía, tales como el interrogatorio del acusado, el concepto psicológico y las entrevistas de allegados que dan cuenta de su personalidad y que fueron presentados como respaldo del preacuerdo, no se someten así a los principios de contradicción e inmediación propios del juicio oral. En ese sentido, la valoración probatoria que realiza el señor Juez, desconoce la dinámica en la que el procesado renunció a ese derecho a controvertir las pruebas y a someterse a un juicio.

¹⁷ CSJ, AP 6357-2015, 12 Nov 2015, Rad. 41198

¹⁸ CSJ SP, 03 Feb 2016. Rad. 43356. MP José Leonidas Bustos Martínez

Vistas las cosas de esa manera, el control material que pueda realizar el Juez, es limitado, y desborda su facultad, como cuando en el caso se cuenta con elementos mínimos que acreditan una personalidad del acusado, que se analiza desde el punto de vista psicológico e indica rasgos básicos o elementales del manejo de su conducta, lo cual sería discutible y debatible en el ámbito de presentarse como pruebas en juicio, en cuyo caso será el Juez precisamente como juzgador quien determine si existe el nexo exigido en el artículo 56 del C.P. o por el contrario, se adecúa a las previsiones del artículo 55 ibídem.

En la vía anticipada el debate se cierra por parte del Fiscal y quien decide aceptar su responsabilidad precisamente renunciando a su derecho a ser vencido en juicio o de demostrar su inocencia, ante lo cual la valoración que hace el juez en este caso corresponde a la que se exige para el debate de juicio oral, y no para el trámite anticipado.

Como se explicó, los elementos probatorios de respaldo del preacuerdo que no se presentan como prueba en juicio, son valorados por la fiscalía, y en ese contexto, cualquier debate sobre sus efectos se cierra con la presentación del preacuerdo, de tal forma que la discusión que pudiera existir, entre adecuar las circunstancias de marginalidad o de pobreza, al artículo 55 o al artículo 56 se finiquita con la decisión de la fiscalía de acoger la última norma y del procesado de aceptar dicha postura.

Presentados los anteriores planteamientos, la Sala utiliza otra alternativa a fin de revisar la actuación adelantada por el A quo. Para ello, se parte, de revisar las diferentes modalidades de preacuerdo, que analiza el Dr. EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER, en su aclaración de voto, de las cuales, encontramos que la más cercana al caso que nos ocupa, es la del preacuerdo simple, que se explica en los siguientes términos:

3.2.1. Preacuerdo simple. *Preacuerdo conforme a los términos de la imputación, el indiciado se declara culpable del delito imputado (Artículo 350, inciso 1º del C.P.P).*

Las partes del proceso admiten la existencia material del delito, la autoría y la responsabilidad en las condiciones en que se precisaron en la formulación de la imputación, pero se acuerda la cantidad de rebaja de pena que habrá de hacerse a la sanción impuesta, dada la fase procesal en que ese convenio se presente, además puede o no tener por objeto la negociación de subrogados o sustitutos penales.

En este caso el juez deberá condenar por el delito aceptado por el procesado, que se reitera, no es otro que el formulado en la audiencia de imputación.

Ahora, retomando el preacuerdo improbadado en primera instancia, advertimos que el reconocimiento del artículo 56 del C.P., no se incluyó en la imputación inicial, sino que ello se realiza a través del acta de preacuerdo, que hace las veces de acusación, conforme a los cargos que el justiciable acepta de manera llana, es decir conforme a la modalidad antes dicha. En cuyo caso, la decisión así adoptada, es vinculante para el juez quien deberá condenar por el delito aceptado por el procesado.

Ahora bien, en caso que no sea suficiente lo explicado, se puede avanzar en el análisis, y evaluar si se presenta alguno de los criterios de excepcionalidad que abren las puertas, para la intervención del Juez. Como así lo indica la Corte, en el fallo multicitado Rad. 43356 de 2016, que nos permitimos reiterar:

"Con base en la jurisprudencia citada, se debe concluir que por regla general el juez no puede hacer control material a la acusación del fiscal en los procesos tramitados al amparo de la Ley 906 de 2004, pero, excepcionalmente debe hacerlo frente a actuaciones que de manera grosera y arbitraria comprometan las garantías fundamentales de las partes o intervinientes".

En ese contexto, el baremo que permite determinar cuándo una actuación es grosera o arbitraria, se finca en el principio de razonabilidad, a la luz del cual también llegamos a la misma conclusión antes dicha, puesto que al encontrar que hay razones para considerar que las circunstancias que se reconocen al procesado pueden adecuarse al art. 55-8 del C.P., como así lo analiza el Juez A quo, es factible también que se ajusten a lo previsto en el art. 56 ibídem, solo que estaría en discusión el nexo de causalidad, o la determinación de esas circunstancias en la comisión del delito.

Ya se explicó sin embargo, que tal cuestionamiento, sería definido por el Juez en un debate probatorio al amparo de los principios de imparcialidad, intermediación y contradicción; pero tratándose de un proceso abreviado ello se define conforme a la posición que asuma el Fiscal al momento en que decide presentar un preacuerdo que ha sido aceptado por el procesado. Teniendo en cuenta además que el núcleo fáctico fundamental se mantiene y lo que se adiciona son circunstancias que eran desconocidas al momento de la imputación inicial.

Entonces la valoración probatoria y el análisis de la personalidad del acusado, que realiza el señor Juez, tanto para descartar la marginalidad e ignorancia como para descartar un posible nexo entre estos aspectos y la comisión del ilícito, pierde vigencia frente a la posición que asume la Fiscalía y la decisión del procesado de renunciar al debate probatorio que se daría en juicio.

De esa forma, el preacuerdo presentado en un proceso como el que nos ocupa, en el que no es admisible la rebaja de penas o el otorgamiento de beneficios por encontrarse afectados los derechos de una menor de edad, se presenta ajustado a la primera modalidad prevista en el artículo 350 de la Ley 906 de 2004, presentando el acta correspondiente, en la que la Fiscalía con base en los nuevos elementos recaudados, hace su propia valoración y llega al convencimiento de que el autor del delito actuó influenciado por circunstancias de marginalidad e ignorancia, y así formula su acusación, la cual es aceptada por su destinatario de manera llana.

Siendo así, la acusación ya fue variada, lo cual significaría que aún de mantenerse la ilegalidad del preacuerdo, y de acudir al trámite ordinario, el señor fiscal tendría la facultad de presentar su teoría del caso al inicio del juicio oral, indicando que se reconoce al autor las circunstancias del artículo 56 del C.P., con lo cual se surtiría la práctica de pruebas de manera directa o por estipulación probatoria, y superado dicho trámite, la Fiscalía puede mantener su postura y presentar sus alegatos conclusivos solicitando que se imponga condena con reconocimiento del art. 56 del C.P., en cuyo caso la decisión de fondo no podría desconocer dicha circunstancia, so pena de afectar el principio de congruencia.

Igualmente tendría el acusado la facultad de aceptar la acusación que realiza el señor fiscal al inicio del juicio, la cual necesariamente se realizará conforme a la variación plasmada en el preacuerdo, y en ese caso, no se practicarían pruebas, sino que se pasaría a dictar sentencia y esa aceptación de responsabilidad que se basa en la nueva acusación será vinculante para el Juez nuevamente en acatamiento al principio de congruencia.

Con base en lo anterior, se concluye frente al problema jurídico planteado que en el caso, El juez de conocimiento no ostenta la facultad de realizar control material del preacuerdo aceptado por el señor **EVC** en el cual la Fiscalía varió unilateralmente la imputación jurídica que inicialmente se realizó por un delito de ACCESO CARNAL EN PERSONA PUESTA EN INCAPACIDAD DE RESISTIR AGRAVADO, previsto en los artículos 207 y 211-6 del C.P., y que se adiciona para reconocer que el precitado actuó influenciado por circunstancias de marginalidad e ignorancia, según lo previsto en el artículo 56 del C.P.

Entonces, no es necesario agotar las etapas que se explican o llegar a la solución que aplicó la Corte en el asunto Rad. 43356 de 2016, puesto que en el caso se determina que lo que procede es declarar la legalidad del preacuerdo.

Finalmente, es importante realizar precisiones ante los interrogantes formulados por el Delegado del Ministerio Público.

Para ello, retomamos el manejo que se ha dado a la acusación como un acto complejo, que no se limita al escrito de acusación y su formulación ante el procesado, sino que se extiende también a los alegatos conclusivos, una vez finalizado el debate probatorio. A lo cual se unen los principios de flexibilidad de la imputación jurídica y de progresividad de la actuación procesal, que atrás se reseñaron, en consideración también a la dinámica propia del Sistema que excluye el principio de permanencia de la prueba.

Siendo así, los elementos previamente recogidos en la investigación, no constituyen prueba hasta que se introduzcan y sean objeto de valoración por parte del Juez, con lo cual la adecuación jurídica puede variar por múltiples razones, contando entre ellas, el recaudo de prueba nobel, no conocida en la audiencia de acusación, o en la audiencia preparatoria, o que por ilicitud o ilegalidad o errores en la técnica, no se introduzcan algunos

elementos y evidencias; lo que significa que dependiendo del resultado de la práctica probatoria en la audiencia de juicio oral, la Fiscalía puede adoptar varias posturas, manteniendo la inicial, o apartándose de su acusación para modificarla atenuando sus consecuencias punitivas o llegar al extremo de solicitar absolución, de tal manera que no deviene como ilegal, la opción en el caso adoptada en torno a incluir en la adecuación jurídica las previsiones del artículo 56 del C.P.

Encuentra, además, el Ministerio Público, que la variación de la imputación, se realizó cuando ya se superó la etapa de la acusación, por lo cual la rebaja de pena no podría fijarse en una tercera parte, sino en una sexta. A lo cual debe hacerse claridad en que la modalidad del preacuerdo, es de tipo simple, pues la Fiscalía como titular de la acción penal varió la adecuación jurídica y realizada la misma, el acusado aceptó los cargos sin contraprestación punitiva o rebaja de penas. Es decir que no se trata de un preacuerdo en el que se otorgue un beneficio, sino de uno simple en el que el procesado acepta la acusación tal como la formula la Fiscalía.

Y como vemos en el caso, el núcleo fáctico no cambió en la medida en que persisten aquellas circunstancias relacionadas con el acceso del que fue víctima la menor, por parte del señor **EVC** cuando previamente fue puesta en incapacidad de resistir dicha agresión, de lo cual devino su embarazo; y más bien se reconocen circunstancias que eran desconocidas al inicio de la investigación, relacionadas con la personalidad y la psiquis del precitado, que influyeron en la comisión de dicho comportamiento, las cuales no cambian los elementos básicos de los tipos previstos en los artículos 207 y 211-6 del C.P.

Por estas razones y las planteadas anteriormente, la Sala se aparta de la posición del señor Juez de primera instancia, y el Delegado del Ministerio Público y se acoge la solicitud de la Defensa como parte apelante, de lo que deviene en la revocatoria de la decisión proferida el 22 de octubre de 2015.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, en Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

1º REVOCAR la decisión objeto del recurso de apelación, proferida por el señor Juez Cuarto Penal del Circuito de Pasto, el día 22 de octubre de 2015.

Como consecuencia se dispone **APROBAR** el preacuerdo suscrito el 20 de octubre de 2015, entre la Fiscalía Quince Seccional de Pasto y el señor **EVC**, con la debida asesoría de su abogado defensor el Dr. Yamith Chaves Coral y la coadyuvancia de la Dra. Nancy Ruano como representante de víctimas.

2º. Se notifica en estrados y se informa que en contra de esta determinación, no cabe ningún recurso.

3º. Devuélvase el asunto al despacho de origen para que se continúe con el trámite que corresponde.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

BLANCA LIDIA ARELLANO MORENO

Magistrada

SILVIO CASTRILLÓN PAZ

Magistrado

JOSÉ ANÍBAL MEJÍA CAMACHO

Magistrado

MIGUEL ÁNGEL SÁNCHEZ ACOSTA

Secretario

AUDIENCIA PREPARATORIA / DECRETO DE PRUEBAS - PRUEBA TESTIMONIAL – ENTREVISTA: No tiene por sí misma valor probatorio./ **DEBIDO PROCESO DE LA PRUEBA TESTIMONIAL – ENTREVISTA:** Para que se decrete el testimonio, no es requisito esencial que previamente se haya surtido la entrevista al potencial testigo – Siendo que en el actual sistema procesal, solo es prueba aquella que haya sido practicada dentro del juicio oral, con inmediación del juez de conocimiento, las entrevistas preliminares no tienen por sí mismas valor probatorio, limitándose su uso y utilidad a los fines de refrescar memoria o impugnar credibilidad, de ser necesario, cuando el testigo acuda al debate a rendir su testimonio, el cual posee valor suasorio; y al no existir la obligación legal de entrevistar a todo potencial testigo que se vaya a citar a juicio, la ausencia de la entrevista previa del testigo de cargos solicitado por el ente instructor, no constituye un obstáculo insalvable para que la defensa pueda adelantar un propósito de impugnación de credibilidad, al establecer la ley varios aspectos que pueden servir de fundamento para la refutación de la verosimilitud del testigo; por tanto hay lugar a admitir y decretar el testimonio solicitado, pese a no existir entrevista previa y dada la pertinencia y utilidad para la prosperidad de la teoría del caso de la Fiscalía.

DECRETO DE PRUEBAS – ADMISIBILIDAD DE MEDIOS PROBATORIOS : Deber de las partes de sustentar la solicitud de pruebas – Teniendo en cuenta que el testimonio solicitado por el ente instructor tiene relación directa con el objeto de investigación y debate y al verificarse que se cumplió con los presupuestos de pertinencia, conducencia y utilidad, es procedente su decreto./

República de Colombia

**TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE PASTO - NARIÑO
SALA DE DECISION PENAL**

Magistrado Ponente: Dr. Silvio Castrillón Paz

Auto N°: 017
Radicación: 520016000485-2011-113400-1
Acusados: EAGE, JAS, FJG, SEC.
Delito: Corrupción al sufragante.
Acta de Aprobación: 20 de 9 de marzo de 2016

San Juan de Pasto, dieciséis (16) de marzo de dos mil dieciséis (2016)

I. OBJETO DE LA PROVIDENCIA

Procedente del Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Pasto – Nariño, ha llegado el proceso penal que se adelanta bajo los ritos de la Ley 906 de 2004 en contra de los señores EAGE, JASE, FJG y SECS, por el probable delito de CORRUPCIÓN AL SUFRAGANTE. Corresponde a la Sala resolver el recurso de apelación interpuesto por el defensor de los intereses jurídicos de los acusados SE y CS en contra de una decisión adoptada en desarrollo de la sesión de audiencia preparatoria del 20 de marzo de 2015, consistente en admitir unas pruebas testimoniales solicitadas por la Fiscalía.

II. HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE.

Los acontecimientos históricos que sirven de fundamento al presente asunto, aparecen referidos en el escrito de acusación de la siguiente forma:

“Para las elecciones a la Alcaldía y Concejo del Municipio de ..., el día 30 de octubre (año 2011), los señores EAGE, JASE, FJG y SECS se dieron a la tarea de pagar entregando dinero y dádivas para que

la gente consigne su voto en favor del candidato a la Alcaldía EAGE y del Concejo Municipal SECS. El candidato a la Alcaldía EAGE resultó elegido para ocupar dicha posición, al igual que el candidato SECS, lo cual se debió en gran parte a que fueron muchos los votos que fueron comprados. Las denuncias fueron presentadas por personas a quienes los mencionados les entregaron dinero y dádivas para comprar los votos”.

El día 1 de marzo de 2013 se llevó a cabo audiencia preliminar de formulación de imputación ante el Juzgado Promiscuo Municipal de ... (Nariño), en desarrollo de la cual la Fiscal 19 Seccional URI de Pasto les endilgó cargos respecto del delito de CORRUPCIÓN AL SUFRAGANTE, establecido en el artículo 390 del Código Penal, refiriendo que tenía en su poder trece (13) denuncias por estos hechos que daban a conocer que en las citadas elecciones para cuerpos colegiados y Alcaldías Municipales había resultado electo como Alcalde de... el señor EAGE, pero que dicho triunfo se habían obtenido con una serie de irregularidades entre las que contó la compra de votos, entrega de dinero en efectivo, entrega de objetos, entrega de dádivas, como también de promesas a los electores de una posterior vinculación a la administración municipal, circunstancias que –en criterio de la Fiscalía- encuadran en la tipología atentatoria de los mecanismos de participación democrática referido.

Posteriormente, radicó escrito de acusación el 27 de junio de 2013 en contra del cuarteto de filiados, refiriendo que EAGE era llamado en calidad de Autor Intelectual de la conducta corruptora al sufragante y los demás como Coautores Materiales. El día 2 de septiembre de 2014 se llevó a cabo la audiencia de formulación de acusación y se dio inicio a la audiencia preparatoria el 15 de enero de 2015, la cual fue suspendida por orden del Juzgado, reanudándose el 20 de marzo de 2015. En curso de las dos (2) sesiones de audiencia se dio paso a las etapas de enunciación de pruebas por las partes, estipulaciones probatorias, solicitud y controversia sobre las que las partes iban a requerir para afrontar el juicio oral y su posterior decreto, rechazo, exclusión o inadmisión por el Juzgado de Conocimiento.

Precisamente por virtud del decreto de los testimonios de los señores JY y LEC -solicitados por la Fiscalía- se produjo la impugnación en alzada por parte de uno de los apoderados de la defensa, quien aduce que existen razones jurídicas poderosas para que sean inadmitidos, como que el testimonio del primero no aparece precedido de una “entrevista” por parte del ente Fiscal, de suerte que no se sabe sobre qué va a declarar; con respecto al testimonio de la segunda, aduce que no es pertinente porque en la denuncia que presentó ante la Fiscalía no refiere haber recibido promesa, pago o entrega de dinero o dádiva alguna para consignar su voto en favor del candidato a la Alcaldía de ... EAGE o del candidato al Concejo Municipal SECS ya que solo le dijeron que si daba el voto la Alcaldía estaría abierta para lo que ella quisiera, aspecto que no es relevante para el delito que se investiga porque todas las alcaldías deben estar a órdenes de los ciudadanos.

III. LA PROVIDENCIA RECURRIDA

El Juez Cuarto Penal del Circuito de Pasto (N), atendió positivamente las solicitudes probatorias de la Fiscalía respecto de los señores JY y LEC, al considerar que eran bastante útiles para la prosperidad de las pretensiones condenatorias respecto de los cuatro (4) acusados.

Consideró que no se había vulnerado el debido proceso de la prueba testimonial por el ente acusador, por la circunstancia que no se le hubiere entrevistado previamente al señor JY y que, de contera, no se hubiere documentado tal acto, porque este no es un requisito esencial de dicho medio probatorio, amen que a través de la entrevista a otra persona se sabía que él era testigo directo de las promesas de dinero o dádivas que se hacían para que se depositaran votos a favor del candidato a la Alcaldía de ... (Nariño) EAGE y para el Concejo Municipal de la misma población del señor SECS.

Respecto de la señora LEC se indicó que era pertinente y útil para el proceso, porque ha sido referida por la Fiscalía como una persona a la que también se le hizo un ofrecimiento de colocarle indebidamente a su servicio la Alcaldía de..., si facilitaba su voto en favor del candidato GE, acto que el ente acusador se ha comprometido a demostrar como constitutivo del delito de Corrupción al Sufragante. Bajo esa perspectiva concluye en la necesidad de decretar la prueba testimonial para que se practique en la audiencia del Juicio Oral, como testigo de la Acusación.

IV. ARGUMENTACIÓN ORAL DE LAS PARTES E INTERVINIENTES

A. INTERVENCIÓN DEL RECORRENTE.

- **El Defensor Yamith Chàvez.** Inconforme con la decisión, en específico con la admisión de los citados dos medios de prueba testimonial de la Fiscalía, confrontó la postura asumida por el A quo y sustentó el recurso de apelación con los siguientes argumentos:

Indica que el artículo 250 de la Constitución Nacional establece que la Fiscalía con la acusación debe suministrar todos los elementos materiales de prueba que tenga en su poder, inclusive los que sean en favor de la Defensa. Respecto del testimonio, indica que los artículos 205 y 206 del Código de Procedimiento Penal establecen la obligación de la Fiscalía o de los funcionarios de Policía Judicial a su cargo de recoger este medio en ENTREVISTAS, de suerte que este requisito hace parte del debido proceso de la prueba testimonial. Así indica que estas entrevistas deben entregarse a la defensa para que pueda ejercer su derecho de contradicción en el juicio, a través de la impugnación de credibilidad, si hay lugar a ello. Como en este caso la Fiscalía no entrevistó al señor JY, entonces violó el principio de legalidad, de suerte que no se puede admitir esa evidencia.

Insiste en que al desconocerse la entrevista del señor Y, se desconoce lo que pueda saber sobre los hechos y las circunstancias de tiempo, modo y lugar como conoció de ellos. Que tampoco se sabe cómo la Fiscalía conoció lo que supuestamente él sabe y sobre lo que pretende declarar, de suerte que no habrá forma de impugnar credibilidad cuando no se conoce su entrevista.

Concluye que como es deber de la Fiscalía entrevistar a los testigos y –en este caso- no cumplió con esa carga, respecto del señor JY, entonces no hay lugar a decretar su testimonio.

Con relación a LEC aduce que el problema que tiene el decreto de la prueba es que no es pertinente para los fines del proceso, de acuerdo con lo regulado por el artículo 375 del Código Procesal Penal. Se opone al decreto y práctica de éste testimonio porque de su relato, contenido en la entrevista, se puede deducir que a ella no le han realizado promesa alguna de entregarle dinero o dádiva si depositaba su voto en favor del candidato a la Alcaldía de ... EAGE, sino que le dijeron que las puertas de la Alcaldía le quedarían abiertas para lo que ella necesitaba, lo cual no traduce que hayan intentado corromperla como electora o sufragante. Reclama que la revocatoria de la decisión que decretó el testimonio, aduciendo que es impertinente.

B. INTERVENCIÓN DE LOS NO RECORRENTES.

- **Fiscalía.** Solicita mantener incólume la decisión adoptada por el Juez de primera instancia, pues aduce que dio traslado a la defensa de todos los elementos materiales probatorios que conocía o que estaban en su poder. Afirma que no entrevistó a JY, pero que sabe de su conocimiento sobre los hechos porque es el esposo de la señora MRC y ella ha rendido entrevista declarando ese conocimiento directo de los fácticos base de acusación, de ahí la importancia de tenerlo en juicio. Con relación a LEC, dice que su relato es muy pertinente para probar su teoría del caso, porque se le hizo un ofrecimiento de beneficiarla con un futuro prometedor en la Alcaldía de..., si acompañaba con su voto la candidatura del señor EAG en su aspiración de constituirse en Alcalde Municipal, lo cual es lo que pretende demostrar como constitutivo del delito de Corrupción al sufragante. De esta manera, concluye sobre la importancia de ese testimonio para la prosperidad de su teoría del caso, motivo por el cual era menester decretar el testimonio.
- **Ministerio Público.** El Procurador Judicial NELSON ARMANDO RODRÍGUEZ GUERRÓN, solicitó la confirmación de la decisión venida en alzada, aduciendo escuetamente que se han decretado las pruebas pedidas por las partes en las que se ha demostrado la debida y pertinencia probatoria, sin indicar nada respecto de la dupla de testimonios cuestionados.
- **Defensor Cesar Ernesto Enríquez.** Manifiesta que hay imprecisiones de la Fiscalía porque tiene conocimiento que el señor JY no es esposo de la señora MRC. Indica que definitivamente se dificulta la defensa cuando la Fiscalía no da a conocer las entrevistas de los testigos que va a llevar a juicio. Refiere también que la impertinencia del testimonio de la señora LEC deviene de la circunstancia que la Fiscalía le otorga un valor

demasiado subjetivo a los términos semánticos empleados, porque eso de que se le haya señalado por el candidato que el despacho de la Alcaldía estaría abierto para cualquier inquietud ciudadana, no solo es una manifestación legítima sino un deber de quien se postula y accede a esos cargos. Entonces, si ella no describe un hecho típico, respecto del delito atribuido a sus clientes, entonces el testimonio es impertinente. Concluye en la necesidad de coadyuvar la petición de revocatoria de la decisión que decretó los citados testimonios en juicio.

V. PROBLEMAS JURÍDICOS PLANTEADOS

Conforme a la situación fáctica referida, corresponde a la Sala dar respuesta a los siguientes interrogantes:

- 1.- ¿Fue acertada la decisión del A quo de admitir como prueba de la Fiscalía el testimonio del señor JY, a pesar de no haber sido entrevistado previamente por el equipo investigativo del ente acusador, y – por supuesto- solo haber sido revelado su nombre a la defensa?*
- 2.- ¿Constituye requisito esencial para el decreto de un testimonio de la Fiscalía (Debido Proceso de la prueba testimonial) que previamente se haya surtido la entrevista al potencial testigo, y que esta haya sido descubierta a la defensa?*
- 3.- ¿Es pertinente para la teoría del caso de la Fiscalía el testimonio de la señora LEC?*

VI. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia.

Esta Corporación es competente para conocer del presente asunto, conforme lo establecido en el numeral 1º del artículo 34 de la Ley 906 de 2004 - Código de Procedimiento Penal.

2. Anotaciones preliminares.

En el caso puesto a consideración de esta Corporación, se plantea por la defensa importante discusión sobre si la entrevista previa constituye un requisito esencial del debido proceso probatorio del medio testimonial, así como el relacionado con la justificación de los supuestos de pertinencia, conducencia y utilidad de una de las pruebas –también testimonial- respecto de la cual la Fiscalía ha solicitado su decreto en audiencia preparatoria; de manera que ello motiva a la Sala a revisar dichos tópicos a efecto de determinar si le asiste o no razón al juzgador de primer grado, que resolvió admitir la práctica de los testimonios de los señores JY y LEC, por considerarlos pertinentes y útiles para la teoría del caso que pretende plantear la representante del ente acusador.

3. Sobre LA ENTREVISTA y su valor en el debido proceso probatorio del testimonio.

En el ámbito de la investigación de conductas criminales, la entrevista puede definirse como una técnica investigativa que consiste en una serie de preguntas efectuadas a las distintas personas que tienen conocimiento o pueden brindar antecedentes acerca de un hecho delictuoso que se investiga, fundamentalmente con el objeto de obtener información que conduzca al esclarecimiento del delito que se puede haber configurado, reunir evidencia y poder llegar a los eventuales autores o partícipes del crimen, a través de la planificación de un programa metodológico de la investigación por parte de la Fiscalía y su equipo de Policía Judicial (artículos 205, 206 y 209 del Código de Procedimiento Penal). También pueden utilizar la entrevista el indiciado, el imputado, el acusado o su defensor, cuando se trate de conseguir evidencia de favor en los trámites judiciales (artículo 271 ibídem).

La entrevista cumple un importante papel cuando se trata de tomar decisiones en desarrollo de las audiencias preliminares que se surten ante los Jueces Constitucionales de Control de Garantías, en desarrollo de las etapas de indagación o de investigación, porque con fundamento en estas informaciones legalmente obtenidas puede la Fiscalía incidir autónomamente en algunos eventos, o en la mayoría de los casos a través de los citados Jueces

Penales de Control, en garantías fundamentales ciudadanas como la libertad de locomoción, la intimidad de las personas, indemnidad del domicilio, etcétera, cuando esto sea estrictamente necesario para evitar la consumación de delitos, capturar a los probables infractores de la ley penal o simplemente para establecer hipótesis delictivas investigadas por el ente acusador. A su vez, puede la defensa utilizarla para oponerse a legalización de capturas y allanamientos de morada, para contrarrestar posibles medidas de aseguramiento, deprecar revocatorias de las mismas medidas y, en general, para contraponerse a peticiones de la Fiscalía o a cualquier tipo de decisión judicial de los Jueces de Garantías, cuando intenten invadir el ámbito de sus garantías fundamentales, so pretexto de la investigación de conductas criminales.

El sustento normativo de la entrevista podemos verlo en la ley 906 de 2004 en los artículos 205¹, 206², 206A³, 209⁴, 271⁵, entre otros, los cuales son de aplicación cotidiana, dentro del esquema del proceso penal.

Como quiera que en nuestro actual sistema procesal, anclado en las bases del modelo acusatorio, solo puede considerarse prueba aquella que haya desfilado en desarrollo del juicio oral, público y contradictorio, con intermediación del Juez de Conocimiento, puede afirmarse sin equívocos que las entrevistas no tienen por sí mismas valor probatorio alguno⁶, para efecto de proferimiento de sentencia definitiva de estirpe condenatoria, porque el artículo 381 procesal penal señala tajantemente que *“para condenar se requiere el conocimiento más allá de toda duda, acerca del delito y de la responsabilidad penal del acusado, fundado en las pruebas debatidas en el juicio”*.

En esa dinámica, las entrevistas –por regla general- son un simple embrión o el germen de una futura prueba testimonial, en la medida que el testigo debe estar disponible y presentarse al juicio presidido por el Juez de Conocimiento, y someterse a la controversia o confrontación que dimana del interrogatorio cruzado que le hacen las partes, según las reglas de los artículos 391 y siguientes, de la misma codificación adjetiva penal; es por esto que las entrevistas documentadas no ingresan normalmente al torrente probatorio, porque es el testimonio rendido en juicio el que tiene valor suasorio. La única excepción a esta regla la fijó el legislador con la reforma introducida al Código de Procedimiento Penal en los artículos 1º, 2º y 3º de la ley 1652 de 2013, porque extra-sistemáticamente le otorgó la calidad de *“Elemento Material Probatorio”* a las entrevistas forenses que se deben realizarse a niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos atentatorios de la vida, la integridad personal, la libertad de locomoción, como la libertad y formación sexuales; aún más, al modificar los artículos 206 A, 275 parágrafo y 438 literal e) de la codificación adjetiva penal, también le otorgó la condición de prueba de referencia válida a estas entrevistas especiales con menores víctima de los delitos aludidos, con lo cual tienen hoy autonomía para ingresar en el acervo probatorio.

Ahora bien, aunque estas entrevistas preliminares no constituyen prueba por sí mismas, porque como ya se vio se practican fuera del escenario del juicio oral y público, sin presencia del Juez de Conocimiento, sin embargo pueden ser recogidas y aseguradas por cualquier medio y pueden servir en el juicio para dos (2) fines específicos: (1) para refrescar la memoria del testigo, de acuerdo con el artículo 392 literal d) procesal penal, y (2) para impugnar la credibilidad del mismo, ante la evidencia de contradicciones contenidas en las diferentes versiones, conforme los artículos 347, 393 literal b) y 403 Ibídem. Al respecto ha dicho la alta corporación de justicia penal:

¹ Actividad de policía judicial en la indagación e investigación.

² Entrevista: Cuando la policía judicial, en desarrollo de su actividad, considere fundadamente que una persona fue víctima o testigo presencial de un delito o que tiene alguna información útil para la indagación o investigación que adelanta, realizará entrevista con ella y, si fuere del caso, le dará la protección necesaria. La entrevista se efectuará observando las reglas técnicas pertinentes y se emplearán los medios idóneos para registrar los resultados del acto investigativo. Sin perjuicio de lo anterior, el investigador deberá al menos dejar constancia de sus observaciones en el cuaderno de notas, en relación con el resultado de la entrevista.

³ Entrevista forense a niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos contra la vida, integridad personal, libertad personas, libertad y desarrollo sexual.

⁴ Informe de investigador de campo.

⁵ Facultad de la defensa para entrevistar.

⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Auto del 9 de septiembre de 2015. Radicado AP5241-2015, 46107. MP. Eugenio Fernández Carlier. En igual sentido radicados 25738 del 9 de noviembre de 2006 y 40240 del 24 de marzo de 2013, entre otros.

"a) Frente al uso de las declaraciones previas como medio para refrescar la memoria del testigo. Doctrinariamente se admite el uso de las declaraciones previas en el juicio oral para refrescar la memoria de un testigo que no recuerda con precisión algún punto específico de su declaración al momento de testificar en juicio. A este respecto podemos citar al tratadista Ernesto Chiesa Aponte, quien en el Tomo I de su Tratado de Derecho Probatorio, página 352, expone la siguiente situación: "Una imagen o un objeto pueden muy bien revivir vivencias y activar recuerdos; lo mismo puede escucharse una canción o melodía, al llegar a cierto sitio, al contemplar un paisaje etc. Las reglas de evidencia no pueden regular este tipo de asuntos, excepto cuando se trata de un escrito para refrescar memoria. El escrito tiene un contenido declarativo y hay peligros especiales cuando se le permite a un testigo que refresque su memoria con un escrito. En particular, se pretende regular el uso del escrito para refrescar memoria, buscando un balance entre permitir al testigo refrescar la memoria con el escrito y permitir a la parte adversa usar tal escrito para contrainterrogar al testigo o utilizarlo como prueba. En puridad, las reglas de evidencia no regulan el modo de refrescar la memoria, sino las consecuencias de que el testigo se refresque la memoria con un escrito...".

"Como lo advirtió la Procuradora en su intervención, la legislación procesal adoptada por nuestro país a través de la Ley 906 de 2004, a diferencia del Código de Procedimiento Penal Chileno⁷, que sí contempla esta específica situación, no se refiere de manera concreta a ese uso, pero el mismo puede deducirse del contenido del artículo 392 que al fijar las reglas sobre el interrogatorio observa la siguiente:(...) d) El juez podrá autorizar al testigo para consultar documentos necesarios **que ayuden a su memoria**. En este caso, durante el interrogatorio, se permitirá a las demás partes el examen de los mismos".

"En tales eventos, no se suscita ningún problema frente a las consecuencias del uso del escrito, pues se supone que el testigo no entra en contradicción con lo que dijo en la declaración previa, sino que no recuerda con precisión algún punto específico de su dicho al momento del juicio. Por lo tanto, si ratifica lo allí informado el juez se limita a valorar su testimonio en el juicio, claro está que sopesando la utilización del documento para refrescar la memoria, pues precisamente dentro de los criterios de apreciación del testimonio, el artículo 404 de la normatividad de que se trata, establece que el juez tendrá en cuenta "los procesos de rememoración".

"b) Las declaraciones previas como medio para impugnar la credibilidad del testigo. Esta posibilidad sí aparece contemplada en múltiples preceptos del nuevo Código de Procedimiento Penal colombiano". De manera específica en el artículo 403 se establece la finalidad de la impugnación de la credibilidad del testigo y se enuncian los aspectos sobre los cuales puede recaer: 1) Naturaleza inverosímil o increíble del testimonio. 2) Capacidad del testigo para percibir, recordar o comunicar cualquier asunto sobre la declaración. 3) Existencia de cualquier tipo de prejuicio, interés u otro motivo de parcialidad por parte del testigo. 4) Manifestaciones anteriores del testigo, incluidas aquellas hechas a terceros, o en entrevistas, exposiciones, declaraciones juradas o interrogatorios en audiencias ante el juez de control de garantías. 5) Carácter o patrón de conducta del testigo en cuanto a la mendacidad. **6) Contradicciones en el contenido de la declaración".**

"A su vez, al fijar las reglas del contrainterrogatorio, el artículo 393 establece que para tales efectos se puede utilizar "cualquier declaración que hubiese hecho el testigo sobre los hechos en entrevista, en declaración jurada durante la investigación o en la propia audiencia del juicio oral".

"Finalmente, el artículo 347 reitera que las afirmaciones hechas en las exposiciones o declaraciones juradas, "para hacerse valer en el juicio como **impugnación**, deben ser leídas durante el contrainterrogatorio. No obstante, la información contenida en ellas no puede tomarse como una prueba por no haber sido practicada con sujeción al contrainterrogatorio de las partes".

.....

⁷ Artículo 332 Código de Procedimiento Penal.

“En conclusión, las exposiciones previas son simples actos de investigación del delito y sus autores, que no constituyen en sí mismas prueba alguna, pues su finalidad es la de preparar el juicio oral, proporcionando los elementos necesarios a la Fiscalía y a la defensa para la dirección de su debate ante el juez de conocimiento, por lo que para que puedan hacerse valer en el juicio como impugnación, además de haberse practicado con las formalidades que el ordenamiento procesal establece, debe observarse el procedimiento explicado”.⁸

Por otro lado, los artículos 205, 206 y 209 citados establecen que cuando los funcionarios de Policía Judicial por iniciativa propia y en el lugar que sirva de teatro de los acontecimientos, desarrollando actos urgentes o en aplicación de los programas metodológicos de investigación preparados con el Fiscal del caso, entrevisten o interroguen personas que puedan orientar la investigación de conductas punibles, tienen el deber jurídico de registrarlas por escrito, o en grabación magnetofónica o fonóptica; así mismo las deben entregar con sus informes de campo al delegado de la Fiscalía, quien –si hay lugar a acusación formal- las debe descubrir a la defensa e intervinientes desde la presentación del escrito de acusación. Esta misma facultad de entrevistar la tiene la Defensa, al tenor del artículo 271 adjetivo penal, a quien simplemente se le atribuye la posibilidad –pero no el deber jurídico- de recogerlas y conservarlas por escrito, video, grabación magnetofónica o en cualquier otro medio técnico; eso sí, si decide documentarlas, entonces por simple igualdad y lealtad jurídica deberá descubrirlas a la Fiscalía en desarrollo de la audiencia preparatoria.

Para la Sala, deben distinguirse perfectamente dos situaciones: (1) la obligación legal que tiene la Policía Judicial de la Fiscalía de registrar por escrito o por medio magnético las entrevistas que decida hacer en las etapas de indagación o de investigación, para descubrirlas físicamente con posterioridad a la defensa en el momento oportuno; (2) la supuesta obligatoriedad que dice el impugnante existe de entrevistar a todos los potenciales testigos que ha de llevar a juicio para fundamentar su teoría del caso acusatoria. No se trata esto de un juego de palabras, porque los asertos tienen sentido y contenido jurídico relevantes.

Debe partirse de la base que no todo testigo es susceptible de ser entrevistado, un ejemplo de ello es el de aquél que solo se hace presente o se coloca a disposición de la Fiscalía al momento de la iniciación del juicio oral, al cual no es factible entrevistarle previamente; también puede darse la circunstancia de que no se advierta la necesidad de entrevistarle por la confiabilidad de su presencia en el juicio y la certidumbre del conocimiento que pueda tener sobre un hecho jurídico relevante, que es el que va a exponer en juicio, como por ejemplo cuando a través de un video se establece su presencia en el lugar de los hechos al momento de la ocurrencia del delito o bien porque uno o varios entrevistados dan fe de su conocimiento sobre lo que potencialmente va a revelar en juicio.

Se repite, si la Fiscalía decide entrevistarle antes del juicio, entonces tiene el deber jurídico de documentar dicho relato por escrito, por medio magnetofónico, de video o similar; pero ello no traduce indefectiblemente que exista una obligación legal de entrevistar a todo potencial testigo que se vaya a citar a juicio. Eso sí, en el último evento, tendrá una importante carga argumentativa la Fiscalía en la audiencia preparatoria, de ofrecer la pertinencia y utilidad de esa prueba, ante el Juez de conocimiento.

También debe indicarse que la ausencia de una entrevista previa, respecto de un testigo de cargos de la Fiscalía, no constituye un obstáculo insalvable para que la defensa pueda adelantar un propósito de impugnación de credibilidad de dicho declarante, como lo afirma tajantemente el impugnante; lo anterior en la medida que el artículo 403 procesal penal –solo a título enunciativo y no como norma taxativamente cerrada- ha establecido varios aspectos que pueden servir de fundamento para la refutación de la verosimilitud del testigo, al señalar textualmente:

“Impugnación de la credibilidad del testigo. La impugnación tiene como única finalidad cuestionar ante el Juez la credibilidad del testimonio, con relación a los siguientes aspectos:

1) Naturaleza inverosímil o increíble del testimonio.

⁸ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 9 de noviembre de 2006. Radicado 25738. MP. SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ. En el mismo sentido Sentencia del 8 de noviembre de 2007, radicado 26411 y auto del 17 de noviembre de 2008, radicado 29861, MP. AUGUSTO J. IBÁÑEZ GUZMÁN.

- 2) *Capacidad del testigo para percibir, recordar o comunicar cualquier asunto sobre la declaración.*
- 3) *Existencia de cualquier tipo de prejuicio, interés u otro motivo de parcialidad por parte del testigo.*
- 4) *Manifestaciones anteriores del testigo, incluidas aquellas hechas a terceros, o en entrevistas, exposiciones, declaraciones juradas o interrogatorios en audiencias ante el juez de control de garantías.*
- 5) *Carácter o patrón de conducta del testigo en cuanto a la mendacidad.*
- 6) *Contradicciones en el contenido de la declaración”.*

En el evento sometido a examen la Fiscalía ha sido enfática indicando que en sus labores investigativas no ha entrevistado en momento alguno al señor JY, sobre los hechos que han dado lugar a la acusación presentada contra los señores EAGE, JASE, FJG y SECS, por el probable delito de CORRUPCION AL SUFRAGANTE. También ha manifestado que tiene importantes fundamentos o elementos de convicción para convocarlo como testigo de cargos, por ser una de las personas que ha sido presencial o directo de la compra de votos que se hiciera en favor del señor EAG, en su aspiración a la Alcaldía del municipio de ... para el periodo constitucional 2012 – 2015, la cual efectivamente consiguió; dijo que de ello da fe la señora MRC en entrevista rendida ante Policía Judicial. En las condiciones anteriores, resulta evidente la pertinencia y utilidad de éste testimonio para la prosperidad de la teoría del caso inculminatoria de la Fiscalía, respecto a los cuatro (4) acusados.

Para esta Sala resulta acertada la decisión del Juez de primer grado al admitir y decretar la práctica del testimonio del señor JY en juicio, motivo suficiente para despachar negativamente el primer punto de la impugnación.

4. Sobre la justificación de los presupuestos de pertinencia, conducencia y utilidad del testimonio de la señora LEC.

De manera preliminar debe advertirse la teleología o finalidad de la audiencia preparatoria y establecer de manera tangencial el contenido de las etapas que la integran. Al respecto el Alto Tribunal de Justicia Penal colombiano ha venido señalando en numerosas decisiones que “... el propósito de dicha audiencia es realizar el principio de “depuración probatoria”, para lo cual se han dispuesto cuatro fases: descubrimiento, enunciación, estipulación y solicitud probatoria, actos que les compete a las partes y cuya secuencia no es un asunto de forma, sino presupuesto de las condiciones de validez de la prueba, necesarias para llevarle al juez de conocimiento de los hechos y circunstancias materia del juicio y de la responsabilidad penal del acusado.”⁹

Debe indicarse que cada uno de estos actos tiene un contenido y finalidad precisa, que se corresponde con la dinámica propia del trámite, de suerte que no se trata de una cadena de sucesos insulsos e informales, sino de contenido material; de suerte que le corresponde al juez como director del proceso por audiencias salvaguardar el cumplimiento de cada una de ellas y la cabal realización de los fines para los cuales fueron creadas por el legislador.

Singularmente puede ejemplarizarse que la enunciación precede a la estipulación, debido a que solo es posible pactar cuando se conocen los medios de prueba con los que cuentan la Fiscalía y la Defensa para sustentar su teoría del caso; y la solicitud es entonces un acto posterior, pues la estipulación probatoria como manifestación de voluntad bilateral excluye de la discusión hechos y circunstancias que han sido aceptadas por las partes y que no serán objeto de debate en el juicio, como no sea para confrontarlas respecto de su incidencia en el análisis conjunto de la prueba. Los precedentes del Alto Tribunal de Justicia conceptualizan que no se puede equiparar la enunciación con la solicitud de pruebas, pues mientras aquella está dirigida a que la Fiscalía y la Defensa indiquen los medios probatorios que harán valer en la audiencia del juicio oral, la solicitud está encaminada a sustentar su pertinencia y conducencia (artículos 357 y 375 de la Ley 906 de 2004), cuestiones conceptual y sustancialmente distintas, pues si los dos actos fueran iguales o equivalentes, no tendría sentido que el legislador se hubiera referido a la solicitud de pruebas cualificando su contenido, en el sentido de exigir de manera explícita

⁹ Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal. Auto del 18 de junio de 2014. Radicado 43554. M. P. Eugenio Fernández Carlier. En el mismo sentido Rad. 27608 del 29 de junio de 2007 y AP. Rad. 36562 del 13 de junio de 2012.

en el artículo 357 de la Ley 906 de 2004, que las pruebas solicitadas deberán tener relación con los hechos de la acusación (pertinencia), los cuales se podrán demostrar a través de los medios lícitos (conducencia) que las partes libremente deciden que sean aducidos al proceso. Ya la fase final de éste proceso lo establece el artículo 359 procesal penal, al disponer que *“Las partes y el Ministerio Público podrán solicitar al juez la exclusión, rechazo o inadmisibilidad de los medios de prueba que, de conformidad con las reglas establecidas en este código, resulten inadmisibles, impertinentes, inútiles, repetitivos o encaminados a probar hechos notorios o que por otro motivo no requieran prueba”*.

Es claro entonces que en los sistemas de procedimiento penal de corte adversarial o acusatorio – como el nuestro – la iniciativa probatoria le está conferida a las partes, según lo establecido en el artículo 361 de la Ley 906 de 2004, a quienes además se les ha atribuido el deber de sustentar su solicitud de pruebas, definir cuáles son lícitamente útiles y tienen relación con los hechos.

En relación con este específico punto la Corte Suprema de Justicia, no en pocas oportunidades, ha indicado lo siguiente:

“Es así que en un sistema en el que la práctica probatoria es rogada, a las partes, en especial a quien pretende oponerse al pliego de cargos, no le está dado reclamar la práctica de una determinada prueba “a ver qué pasa” o “por si acaso”, pues debe tener claro y hacérselo saber de manera explícita al juez o corporación de conocimiento -deber que también le corresponde a la fiscalía- qué es en particular lo que busca obtener de la prueba, cómo esta es idónea y eficaz para acreditar lo que se quiere y por qué es relevante para su postura o para el caso, según el interés que se defienda y, en especial, por qué el ejercicio del contrainterrogatorio es insuficiente para obtener la información que se pretende.

(...)

*Que la prueba es del juicio y no de quien la pide -como lo asegura el impugnante- es un aserto de cabal aplicación en el sistema procesal penal de tendencia mixta, regido por la Ley 600 de 2000, pero no es del todo exacto en el proceso de estructura acusatoria, pues este último es de carácter adversarial, de suerte que a cada parte -y no al juzgador- le compete acreditar su interés y necesidad para postular la petición probatoria, toda vez que, como lo ha dicho y repetido la Corte, **“la solicitud de los medios de convicción obedece a un típico querer e interés de parte, conforme la pretensión que ésta tabula en el proceso, y su aducción viene mediada necesariamente por una amplia regulación que demanda de esa parte, a título de carga específica, no solo verificar su objeto específico, sino defender su legalidad y utilidad”** (CSJ SP, providencia del 26 de octubre de 2007, Rad. No. 27608, reiterada en auto del 23 de mayo de 2012, rad. 38382).*

(...)

*En conclusión, ha dicho esta Sala, **“si la parte no demuestra un objeto específico, consustancial a su pretensión, que permita al juez evaluar los presupuestos de pertinencia, conducencia, licitud y necesidad, ha incumplido la carga procesal que se le impone y, en consecuencia, al funcionario no le queda camino diferente al de negar la solicitud”** (CSJ SP, auto del 23 de mayo de 2012, rad. 38382).*

(...)

Lo cierto es que el interesado debe justificar los presupuestos de pertinencia (que el tema de la prueba se relacione con el tema del proceso), conducencia (que la prueba sea apta para acreditar lo que se quiere demostrar a través suyo) y utilidad o necesidad (que la prueba haga falta, de modo que sin ella lo que se pretende acreditar no entraría al proceso), cuidándose de incurrir en alusiones genéricas.”¹⁰ (Negrita de la Sala)

¹⁰ Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia, providencia del 21 de mayo de 2014, radicado N° 42864, Magistrado Ponente JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO.

En conclusión, emerge diáfana la obligación que cada una de las partes tiene respecto a la argumentación de los presupuestos de pertinencia, conducencia y necesidad del medio de prueba que pretende hacer valer en el juicio oral, sin que ello responda a un simple capricho del legislador colombiano, sino más bien a la dinámica propia de un sistema adversarial o de partes, donde median una serie de principios que se convierten en camisa de fuerza a la hora de depurar la audiencia de juicio oral.

Para resolver el caso que se tiene entre manos, con la corrección jurídica que corresponde, resulta pertinente revisar el devenir que ha surtido el nombre de la señora LEC, a quien la Fiscalía requiere se la admita en juicio como testigo de cargos, desde el escrito de acusación radicado el 27 de junio de 2013, en contra de los filiados, a efecto de establecer si se ha cumplido con los elementos que requiere cada una de las fases que precedieron al decreto de dicha prueba testimonial y, con ello, determinar si hay necesidad de confirmar la decisión asumida en la sesión de audiencia preparatoria del 20 de marzo de 2015, que dispuso su admisión.

Sea lo primero indicar que en la relación fáctica del escrito de acusación presentado por la Fiscal 19 Seccional de Pasto el día 27 de junio de 2013, doctora SOL DEL PILAR MELODELGADO PABÓN, se indicó que en el proceso electoral para Alcaldía y Corporaciones Públicas celebradas el 30 de octubre de 2011, en el municipio de... (Nariño) se presentó un fenómeno de posible Corrupción al Elector atribuible a los señores EAGE, JASE, FJG y SECS, porque se dieron a la tarea de entregar dinero y dádivas para que la gente consignara su voto en favor del candidato a la Alcaldía EAGE y del Concejo Municipal SECS. El candidato a la Alcaldía resultó ganador de la contienda electoral para ocupar dicha posición, al igual que el candidato SECS, lo cual –dice la Fiscalía–probablemente se debió en gran parte a que fueron muchos los votos que fueron comprados.

Se indicó que el apoyo para dichas imputaciones jurídicas fueron presentadas por personas a quienes los mencionados les entregaron dinero y dádivas para comprar los votos, infiriéndose que entre ellas estaba la noticia criminal suscrita por la señora LEC el 22 de noviembre de 2011, que fue relacionada en el anexo probatorio correspondiente con el número 6.6., visible a folio 65 de la carpeta principal.

Posteriormente, en desarrollo de la Audiencia de Formulación de Acusación celebrada el día 2 de septiembre de 2014, la Fiscalía refirió dentro de la etapa de descubrimiento probatorio indicó un listado de documentos, entrevistas y deposiciones que pretendía hacer valer en juicio, enunciación en la que se incluyó la entrevista de la señora LEC, a quien iba a requerir como testigo en el momento indicado.

Ahora bien, el punto de quiebre se presenta en desarrollo de la Audiencia Preparatoria celebrada el día 15 de enero de 2015, pues encontrándose la audiencia en la fase correspondiente al inciso 1º del artículo 357 de la Ley 906 de 2004, y habiéndole concedido el Juez la palabra a la representante de la Fiscalía para que realizara las solicitudes probatorias que le serían útiles para apoyar la teoría del caso, con la respectiva argumentación de su pertinencia, utilidad y conducencia, ésta adujo para el decreto del testimonio de LEC que ella preliminarmente relaciona a AGE porque se le ofrecieron dádivas para que votara por él a la Alcaldía, motivo por el cual resulta pertinente esta prueba testimonial para la Fiscalía (Escuchar en la tercera grabación de la citada audiencia preparatoria a partir del minuto 09:05).

Esta argumentación sobre la pertinencia y utilidad de dicha evidencia testimonial resultó suficiente para decretar su admisión en juicio, por parte del despacho de conocimiento, sencillamente porque aparece como una testigo de cargos de la Fiscalía que tiene conocimiento directo de unos hechos en los que participó EAGE, en los intentos del aspirante a ganar la Alcaldía la contienda electoral, pero ofreciendo beneficios indebidos a su electora.

El doctor YAMITH CHAVEZ CORAL, en su condición de defensor de los intereses jurídicos de los señores JS y SECS, se opone al decreto de dicha prueba, aduciendo en su impugnación que dicho testimonio no es relevante para el proceso, porque al revisar el contenido de su entrevista encuentra que a ella no se le ha prometido dinero o dádiva para depositar su voto a favor del candidato a la Alcaldía EAG, que es lo que constituye el elemento fundamental para la configuración del delito de Corrupción al Elector, sino apenas se le indicó que si votaba por él la Alcaldía estaría abierta para lo que ella quisiera; para su parecer, dicho testimonio no sería pertinente para los fines del proceso, sencillamente porque de su contenido no se reproducen los elementos fundamentales para la configuración del delito.

Pero esta tesis de parte aparece profundamente controvertida por la representante de la Fiscalía, al indicar que dentro de su teoría del caso está en capacidad de demostrar que ese ofrecimiento o manifestación de favorecimiento personal que le hacía el candidato a la Alcaldía de ..., señor EAGE, a la ciudadana LEC sí constituye en realidad una promesa de dádiva que encaja en dicha figura penal, por la cual va a deprecar condena en contra del ex burgomaestre.

Para la Sala, los argumentos del impugnante están descompasados, porque los asertos expuestos son los propios, adecuados o convenientes de un alegato de conclusión defensivo para absolución perentoria por atipicidad absoluta o relativa de los cargos imputados, o para que se profiera fallo exonerativo de responsabilidad penal, alegatos finales estos que solo tendrían lugar una vez culminada la etapa probatoria de la audiencia del juicio oral, esto es cuando se hayan practicado todas las experticias requeridas por las diferentes partes en conflicto, según lo establecido en los artículos 442 y 443 del Código de Procedimiento Penal.

De acuerdo con lo anterior, no hay duda para la Corporación Tribunalicia que si la promesa de la Fiscalía es demostrar que el ofrecimiento de beneficios o favores que se le hicieran a la señora LEC, para que consignara su voto a favor del candidato a la Alcaldía Municipal de ... (Nariño) EAGE, constituye una promesa de dadiva que encuadra en la figura penal de Corrupción del Elector, lo menos que se le debe garantizar por la judicatura, por aquello de la simple imparcialidad en el trámite procesal, es que dicho testimonio sea recepcionado en desarrollo de la audiencia del juicio oral, por su clara pertinencia para la demostración de la tesis o teoría del caso acusatoria. Por éste motivo también debe confirmarse este apartado de la providencia impugnada.

En consecuencia, el Tribunal Superior Judicial de Pasto -Sala de Decisión Penal,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR en su totalidad la providencia dictada en audiencia preparatoria del 20 de marzo de 2015 por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Pasto – Nariño.

SEGUNDO: Esta decisión se notifica en estrados y contra ella no procede ningún recurso.

CÚMPLASE,

SILVIO CASTRILLÓN PAZ

Magistrado

JOSÉ ANÍBAL MEJÍA CAMACHO

Magistrado

FRANCO SOLARTE PORTILLA

Magistrado

MIGUEL ÁNGEL SANCHEZ ACOSTA

Secretario

AUTO QUE SE ABSTIENE DE COMPULSAR COPIAS DISCIPLINARIAS O QUE DECIDE NO INICIAR TRÁMITE CORRECCIONAL CONTRA UN LITIGANTE, POR LA ADOPCIÓN DE SUPUESTAS MANIOBRAS DILATORIAS – No admite apelación - No obstante se considera que no hay lugar a imponer sanción disciplinaria al defensor, por cuanto su solicitud de aplazar la diligencia, se realizó dentro del ejercicio racional, ponderado y ético de los derechos que le asisten como defensor técnico, se deniega el recurso de apelación interpuesto contra el auto que dispuso no adelantar el trámite correccional, en tanto este no es impugnado, como tampoco lo es el que ordena adelantarlos, siendo que ninguna norma especial así lo consagra.

CONCURSO DE DELITOS – DOSIFICACIÓN PUNITIVA: Parámetros y Reglas – Procedencia de modificar la pena impuesta, al avizorarse que no se ha efectuado un adecuado proceso de dosificación punitiva al existir concurso de delitos, en tanto se omitió el orden, los parámetros y reglas establecidas por la ley en el proceso de determinación de cada una de las penas señaladas para los tipos penales más graves y en los concurrentes; así como en la ubicación de las penas dentro del primer cuarto escogido, siendo que la gravedad de las conductas ameritaba la imposición de sanciones superiores a las mínimas.

INHABILIDAD CONSTITUCIONAL DEL ARTÍCULO 122 - Carácter intemporal. / INHABILIDAD CONSTITUCIONAL DEL ARTÍCULO 122 – Opera de pleno derecho, sin orden judicial - No es necesario que el juez penal imponga esta inhabilidad a título de sanción principal o accesoria, en los eventos de los delitos contemplados por la norma constitucional, por cuanto fue establecida por el constituyente primario como una causal impeditiva general, de carácter intemporal o perpetua, con el fin de proteger la administración pública frente a sujetos con malos antecedentes en el manejo del recurso público, la cual debe ser controlada por otras instituciones jurídicas del Estado, a quienes se les deben reportar las sentencias condenatorias, debiendo alimentar sus sistemas de información a efectos de proceder a la entrega de certificados o paz y salvos que le permitan a los ciudadanos acceder a cargos públicos, a inscribir sus candidaturas, o para ingresar a procesos de contratación administrativa, momento en el cual se hace evidente tal inhabilidad.

SUSPENSIÓN CONDICIONAL DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA – Requisitos – Teniendo en cuenta que no se cumple con el presupuesto objetivo previsto en el art 63 penal originario y por expresa prohibición legal, no es procedente la concesión del subrogado penal.

República de Colombia

***TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE PASTO - NARIÑO
SALA DE DECISION PENAL***

Magistrado Ponente: Dr. Silvio Castrillón Paz

Sentencia Penal No: 04

Radicación: 2015-01384-02

Radicaciones Internas: 14389 / 14866

Condenado: JMDC

Delitos: Prevaricatos por Acción y Peculados por Aplicación Oficial Diferente (CONCURSO).

Acta de Aprobación: 02 del 25 de enero de 2016

San Juan de Pasto, tres (3) de febrero de dos mil dieciséis (2016)

ASUNTO

Ha correspondido conocer a esta Sala de Decisión Penal el proceso penal que por el concurso de delitos de prevaricato por acción y peculado por aplicación oficial diferente se surtió por las ritualidades de la ley 906 de 2004 en el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Ipiales, en contra del Ex Secretario de Hacienda del Municipio de Ipiales (Nariño) Contador Público Titulado JMDC.

Corresponde por economía procesal revisar conjuntamente la legalidad de dos providencias proferidas en desarrollo del juicio oral por el Juzgado citado, como son el auto interlocutorio emitido el 7 de julio de 2015, que se abstuvo de iniciar trámite disciplinario contra el abogado defensor por la inasistencia a una audiencia, y la sentencia condenatoria proferida anticipadamente el 26 de agosto de 2015, en contra de DC en virtud de allanamiento a cargos.

Lo anterior es posible merced a los recursos de apelación interpuestos y sustentados debidamente por el doctor GERMAN TREJO NARVAEZ, en su condición de Fiscal 23 Seccional de Ipiales, quien se ha mostrado inconforme con las decisiones del despacho de primer grado, especialmente en punto de la dosificación punitiva y la concesión del subrogado de suspensión condicional de la ejecución de la pena.

HECHOS JURIDICAMENTE RELEVANTES Y ANTECEDENTES PROCESALES QUE INTERESAN PARA LA DECISIÓN:

Cuenta la historia del proceso que en el periodo comprendido entre el primero de enero de 2008 y el 31 de diciembre de 2011 el señor JMDC, identificado con la cédula de ciudadanía número ... (Nariño), Contador Público Titulado, asumió el cargo de Secretario de Hacienda del Municipio de Ipiales (Nariño) durante la gestión del burgomaestre HGEC.

Como producto de una auditoría gubernamental con enfoque integral, en la modalidad abreviada, para la vigencia Fiscal del 2011, motivada por una denuncia formal de posibles irregularidades en la gestión del municipio de Ipiales Nariño, realizada por parte de la Contraloría Departamental de Nariño, se presentaron graves hallazgos o irregularidades en el manejo financiero de dicha institución estatal que derivaron en responsabilidades administrativas, disciplinarias y penales por la realización de préstamos institucionales internos, los cuales ascendieron al valor total de \$936'479.986,71 discriminados en los siguientes actos administrativos:

NUMERO DE RESOLUCION Y FECHA EXPEDICION	VALOR PRESTAMO	FUNCIONARIOS QUE LA SUSCRIBEN	FOLIOS
336/23 de diciembre de 2011	\$ 27'000.000	JMDC	115/118
322 /6 de diciembre de 2011	\$129.779.987	HGE JMDC	126
263 - 1 de octubre 4 de 2011	\$ 61'000.000	JMDC	137
240 de septiembre 5 de 2011	\$ 28'700.000	JMDC	147
236 de septiembre 1 de 2011	\$100'000.000	JMDC	155
222 – 1 de agosto 17 de 2011	\$400'000.000	JMDC	169
222 – 1 de agosto 17 de 2011	\$100'000.000	JMDC	169
203 de julio 28 de 2011	\$ 90'000.000	JMDC	182
TOTAL	\$936'479.987		

Por estos acontecimientos fácticos el Fiscal 23 Seccional de Ipiales – Nariño solicitó y le fue concedida captura para el señor JMDC y contra otros funcionarios de la administración municipal de Ipiales que habían prestado sus servicios en el periodo constitucional 2008-2011, a quien se le formuló imputación el día martes que se contó 2 de junio de 2015 ante el Juzgado Segundo Penal Municipal en Función de Control de Garantías de Ipiales, como COAUTOR del CONCURSO de delitos de PREVARICATO POR ACCION (5 conductas) y PECULADO POR APLICACIÓN OFICIAL DIFERENTE (6 conductas), establecidos en los artículos 413 y 399 del Código Penal, respectivamente, que según el ente Fiscal se materializaron al expedirse las resoluciones 222-1 del 17 de agosto de 2011, 236 del primero de septiembre de 2011, 263-1 del 4 de octubre de 2011, 322 del 6 de diciembre de 2011 y 336 del 22 de diciembre de 2011, todas ellas suscritas por el filiado. Se indicó que dichas resoluciones son contrarias a la ley, en razón a que las cuentas afectadas con los préstamos de dinero tenían destinación específica y se gastaron para otros fines de la Alcaldía, afectando la inversión social, con lo cual se incurrió en cada acto con la dupla de ilicitudes.

Informado debidamente de la posibilidad de allanamiento a cargos, para obtener una rebaja de hasta la mitad de la sanción a imponer, el señor JMDC expresó de manera libre, consciente y voluntaria dentro de la Audiencia de Formulación de Imputación que SI ACEPTABA LOS CARGOS, motivo por el cual se le impartió confirmación al acto de aceptación de cargos. A petición de la Fiscalía se le impuso medida de aseguramiento privativa de la libertad en su propio lugar de residencia y se remitió el asunto al Juzgado de Conocimiento, correspondiéndole el caso al Juzgado Segundo Penal del Circuito de Ipiales.

Para el día 7 de julio de 2015 a las 11 de la mañana fueron citadas las partes e intervinientes a la audiencia de individualización de pena indicada, en la cual el abogado de la defensa doctor ALEXANDER LIBARDO GARZON ROSERO presentó ante el despacho una solicitud de aplazamiento de la diligencia manifestando que hasta ese momento no había obtenido elementos materiales de prueba en favor de su cliente, para hacerlos valer en la audiencia de individualización de pena y sentencia, establecida en el artículo 447 procesal penal, lo cual fue admitido por el Juez como causa suficiente o razonable para aplazar la audiencia, a pesar de que el representante de la Fiscalía aducía que esa era una maniobra dilatoria porque la defensa había tenido tiempo suficiente para conseguir esas evidencias de favor a efecto de las peticiones sobre pena, subrogados y sustitutos, reclamando que se aplicaran sanciones disciplinarias por tal proceder, conforme lo establecido en los artículos 140 a 143 del Código de Procedimiento Penal. EL Juez pospuso la fecha de audiencia porque no había lugar a adelantarla sin la presencia del defensor, y también se abstuvo de adelantar acciones disciplinarias en su contra comprometiéndose a exhortar al togado defensor para que a futuro realizara las peticiones de aplazamiento de diligencias con mayor antelación y presentando pruebas sumarias de las razones para ello. La Fiscalía interpuso recurso de apelación en contra de la decisión de abstenerse de adelantar acciones disciplinarias, lo cual dio lugar al arribo del expediente a esta instancia por primera oportunidad.

Se reactivó la actuación el 26 de agosto de 2015 con la audiencia de Individualización de pena y sentencia, en la cual el Fiscal reclamó que se aplicara una pena superior a los 36 meses de prisión dada la gravedad de las conductas y el número de delitos concurrentes, y que de la misma manera se negara la suspensión condicional de la ejecución de la pena por el factor subjetivo. Por su lado, la defensa entregó documentos para acreditar las buenas condiciones personales, familiares y sociales del acusado, de lo cual dimanaba la necesidad de concederle el subrogado de suspensión condicional de la ejecución de la pena o subsidiariamente la prisión domiciliaria con dispositivo electrónico, con permiso para trabajar entre las 7 de la mañana y las 6 de la tarde. En la misma audiencia se profirió sentencia condenatoria a las penas de 36 meses de prisión, 42.33 salarios mínimos legales mensuales vigentes por multa y 49 meses de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, al igual que le impuso la inhabilitación constitucional del artículo 122 inciso 5° por el mismo término de la pena principal. También le concedió la suspensión condicional de la ejecución de la pena por un periodo de prueba de dos (2) años bajo suscripción de un acta de obligaciones y la prestación de caución prendaria de \$100.000 pesos.

Contra esta última determinación también interpuso apelación el Fiscal, quien muestra su inconformidad con todos los extremos de la sanción por el delito principal y la determinación judicial de las penas principales y accesorias por razón del concurso; aduce también que no hay lugar a otorgar la suspensión condicional de la ejecución de la pena, dada la gravedad del caso. Lo anterior ha dado lugar al arribo del proceso a esta instancia, en donde se acumulan las impugnaciones, a efecto de asumir la decisión final.

ARGUMENTACIONES DE LA SENTENCIA SOBRE LOS ASPECTOS IMPUGNADOS

La juzgadora de primer grado indicó que existía el mínimo evidencial requerido para imponer sanción por la totalidad de los delitos de prevaricato por acción y peculado por aplicación oficial diferente, respecto de los cuales el imputado DC había aceptado cargos. Por tratarse de un concurso de delitos indicó que el más grave era el de prevaricato por acción, establecido en el artículo 413 del C. P., que consagra penas de prisión de 48 a 144 meses, multa de 66.66 a 300 SMLMV e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de 80 a 144 meses. Se dio a la tarea de establecer los cuartos de movilidad para cada modalidad de pena y al no encontrar que se hubieren imputado circunstancias de mayor ni menor punibilidad refirió necesario imponer la sanción por el delito mayor en el primer cuarto, el cual oscilaba entre 48 a 72 meses de prisión, multa de 66.66 a 124.99 salarios y la inhabilitación de 80 a 96 meses. Sin mayores argumentaciones indicó que había necesidad de partir de las penas mínimas, a pesar que consignó que *“si bien la conducta sin duda grave”* pero que no había necesidad de incrementar la sanción porque *“el ajusticiado no desplegó ninguna acción adicional que amerite un mayor reproche que implique el incremento de la pena, por el contrario con su actitud se mostró muy colaborador en este asunto, allanándose a cargos desde el comienzo de la investigación, evitando un mayor desgaste”*.

En cuanto a los aumentos de pena por el concurso indicó que como se habían imputado cuatro prevaricatos por acción adicionales entonces aumentaba 3 meses de pena por cada uno de ellos (12 meses adicionales para un parcial de 60 meses de prisión) y por las 6 conductas constitutivas de peculados por aplicación oficial diferente aumentó 12 meses de prisión más, para un total de 72 meses de prisión a imponer. En cuanto a la multa aumentó 12 SMLMV a los 66.66 salarios iniciales, para un parcial de 78.66 SMLMV por razón de los prevaricatos por acción, posteriormente aumentó 6 salarios mínimos más por aquello de igual número de conductas constitutivas de peculado por aplicación oficial diferente, para un total de 84.66 SMLMV a título de multa. Para la inhabilitación partió de los 80 meses que constituyen la pena mínima, aumentó 12 meses por el concurso de los prevaricatos por acción para un parcial de 92 meses, y sumó 6 adicionales por los punibles de peculado por aplicación oficial diferente, para un total de 98 meses de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas. Como consecuencia del allanamiento a cargos, de acuerdo con el artículo 351 procesal penal, reconoció la necesidad de rebajar la mitad de la pena, en virtud de lo cual la sanciones quedaron en 36 meses de prisión, multa en cuantía de 42.33 salarios mínimos y la inhabilitación por 49 meses. Adicionalmente aplicó la inhabilitación especial que trata el artículo 122 inciso 5º de la Constitución por un periodo igual al de la pena privativa de la libertad, al haber afectado el ex servidor público DC el patrimonio del Estado.

Finalmente, concedió el subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, con fundamento en el artículo 63 del Código Penal originario, dado que la Ley 1709 de 2014 no resultaba favorable para el filiado. Indicó textualmente que *“en ese orden de ideas, se tiene que se cumple el requisito objetivo establecido en la norma y en cuanto al subjetivo, se determina que las condiciones personales, sociales, familiares y antecedentes del culpable llevan a concluir que no existe necesidad de la ejecución de la pena, conclusión a la que se llega, teniendo en cuenta los planteamientos que respecto de la personalidad y demás condiciones expuestas por las partes, en su oportunidad”*. Dispuso la suscripción del acta de obligaciones conforme el artículo 65 del Código Penal, y la prestación de caución prendaria por valor de \$100.000.

ARGUMENTACIONES DEL IMPUGNANTE

En el escrito de sustentación de la alzada, el Fiscal 23 Seccional de Ipiales, doctor GERMAN TREJO NARVAEZ, se mostró profundamente inconforme con la totalidad del proceso de dosificación de pena realizado para el delito principal y la determinación de la pena en el concurso, lo mismo por aquello de la concesión del subrogado de suspensión condicional de la ejecución de la pena, unido a que la inhabilitación constitucional es intemporal o perpetua.

Criticó la sentencia por falta de motivación, indicando que la jueza no tuvo en cuenta los argumentos que expuso dentro de la audiencia del artículo 447, y en la valoración de las reglas del artículo 61 No 3 pidió que se partiera de la aplicación de la pena máxima del primer cuarto, que es de 72 meses de prisión, y no el rango mínimo que es de apenas 48 meses. También indicó que la discrecionalidad judicial para incrementar la pena en el concurso no puede confundirse con arbitrariedad, y entonces como coexisten 4 prevaricatos por acción y 5 peculados por

aplicación oficial diferente, lo que debió hacer la juez era *"incrementar en un 30% del mínimo previsto en la ley por cada uno de los delitos en concurso"*

Respecto del subrogado de suspensión condicional de la ejecución de la pena, aduce que no hay lugar a su aplicación porque para la época de la ocurrencia de los hechos estaba vigente el artículo 68A del Código Penal, que había sido modificado por la Ley 1453 del 24 de junio de 2011, el cual excluía la concesión de beneficios, subrogados penales o mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad en eventos de varios delitos, entre los cuales estaba el de prevaricato por acción. Aduce entonces que, ante esta excepción legal, no era posible suspender condicionalmente la ejecución de la pena.

Finalmente reiteró que la inhabilidad especial que trata el inciso 5 del artículo 122 de la Constitución Nacional tiene la connotación de perpetua para las personas respecto de las cuales se haya proferido sentencia de condena en cualquier tiempo, por la comisión de delitos que afecten el patrimonio del Estado. Refirió normas que avalan su postura y precedentes de la Corte Constitucional que desarrollan el tema.

Como consecuencia de lo anterior, se deprecia la modificación de la sentencia en cuanto a las penas impuestas y la negación del subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena.

PROBLEMAS JURÍDICOS A RESOLVER

La revisión atenta del proceso, de cara a las argumentaciones del impugnante, permite a la Sala afirmar que los siguientes son los problemas jurídicos a considerar en ésta instancia:

- 1.- ¿Admite recurso de apelación el auto que se abstiene de compulsar copias disciplinarias o que decide no iniciar trámite correccional contra un litigante, por la adopción de supuestas maniobras dilatorias?*
- 2.- ¿Se ha dosificado adecuadamente la pena en el presente caso, en el cual hay allanamiento a cargos a una imputación formulada por un concurso real, heterogéneo y sucesivo de cinco (5) Prevaricatos por Acción y seis (6) conductas constitutivas de Peculados por Aplicación Oficial Diferente?*
- 3.- ¿Puede el Juez de conocimiento imponer como pena principal o accesoria la inhabilitación establecida en el artículo 122 numeral 5 de la Constitución Nacional? De ser posible: ¿Cuál es su límite?*
- 4.- ¿Es procedente la suspensión condicional de la ejecución de la pena concedida al señor JMDC?*

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. El auto que se abstuvo de iniciar trámite disciplinario o de compulsar copias para investigar al Defensor por la inasistencia a diligencia judicial.

Como se indicó en precedencia, el debate se reduce a que surtida la audiencia de formulación de imputación, en la que se validó el allanamiento a cargos del señor DC, pasó el asunto al Juzgado de Conocimiento, en donde se citó a la audiencia de individualización de pena y sentencia establecida en el artículo 447 procesal penal para el día 7 de julio de 2015 a las 11 de la mañana. A eso de las 9 de la mañana del mismo día el defensor ALEXANDER LIBARDO GARZON ROSERO presentó escrito a la Jueza de Conocimiento solicitando aplazamiento de la audiencia (folio 216 de la carpeta), aduciendo que por parte de su cliente no había sido posible aún conseguir elementos de prueba para hacer valer en su favor en la citada audiencia, en cuanto a la dosificación de la pena y la concesión de subrogados, amparándose en lo establecido en el literal i) del artículo 8° del Código de Procedimiento Penal.

La Jueza de Conocimiento abrió el protocolo de la audiencia, a la cual acudió el Representante de la Fiscalía, el del Ministerio Público y el apoderado de Víctimas, y la suspendió al atender razonables las justificaciones del Defensor. Es aquí donde se muestra inconforme el Fiscal peticionando el adelantamiento de acciones disciplinarias contra el abogado de la defensa, supuestamente por violar los deberes de las partes e intervinientes consagrados en el artículo 140 numerales 2 y 6 que se traducen en la evitación de maniobras dilatorias y en la obligación

de comparecer oportunamente a las audiencias o diligencias a las que sean citados; deprecó que se aplicaran las medidas correccionales establecidas en el artículo 143 numerales 5 y 7 que consisten en amonestación, o el desalojo, o la restricción del uso de la palabra, o multa de hasta 10 salarios mínimos legales mensuales o arresto hasta por cinco (5) días, según la gravedad de la conducta, para quien *"en las audiencias asuma comportamientos contrarios a la solemnidad del acto, a su eficacia o correcto desarrollo"*; o eventualmente que se aplicara multa de uno (1) hasta diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes *"A quien en el proceso actúe con temeridad o mala fe"*.

Esta petición fue negada por la Jueza al considerar que no resultaba procedente hacer uso de las sanciones disciplinarias contra el Defensor, porque cuando éste le radicó el escrito de suspensión no le hizo amonestación alguna para que acudiera a la audiencia, pero que sí iba a exhortarlo posteriormente para que realizara éste tipo de solicitudes con la suficiente anticipación. Esta decisión fue la impugnada por la Fiscalía, quien insiste en el trámite sancionatorio, y dio lugar a la apelación que se resuelve acumuladamente en éste libelo.

Respecto al debate planteado, esta Sala encuentra la necesidad de revisar un aspecto sustancial y otro procedimental para la solución del impasse, según pasamos a ver:

El primero tiene que ver con que no se avizora que el apoderado del señor JMDC haya incursionado en maniobra dilatoria alguna al solicitar el aplazamiento de la audiencia del 447 procesal penal, y que por el contrario debe privilegiarse en su favor el derecho que tiene la Defensa Técnica a *"Disponer de un tiempo razonable y de medios adecuados para la preparación de la defensa"*, de suerte que *"de manera excepcional podrá solicitar las prórrogas debidamente justificadas y necesarias para la celebración de las audiencias a las que deba comparecer"*. Se indica lo anterior porque en los procesos que están llamados a finiquitarse por la vía abreviada, bien por allanamiento a cargos o por preacuerdos o negociaciones, existe una renuncia explícita al adelantamiento de las etapas previas y correspondientes al juicio oral, público y contradictorio; entonces, al asumirse responsabilidad penal solo queda el debate correspondiente a la calidad y cantidad de pena que corresponde por el sentenciamiento anticipado, lo mismo a si hay lugar a la concesión de subrogados o sustitutos punitivos. Precisamente es la audiencia de individualización de pena y sentencia, establecida en el artículo 447 procesal penal, el escenario único fijado por el legislador para ese debate, y como el secreto del derecho procesal penal está en acreditar los supuestos fácticos para el otorgamiento de derechos *"MAS ALLÁ DE LA PROPIA PALABRA"*, entonces deben las partes e intervinientes emplear su capacidad investigativa para conseguir los elementos materiales de prueba, evidencia física o información legalmente obtenida que les permita acreditar al Juez de Conocimiento que por las condiciones individuales, familiares, sociales, modo de vivir y antecedentes de todo orden del potencial condenado, hay lugar a aplicar una especial cantidad o calidad de pena, lo mismo si se le pueden conceder otros beneficios punitivos, como el subrogado de la suspensión condicional de la pena o la prisión domiciliaria.

Nada diferente a lo anterior fue lo que motivó al doctor ALEXANDER LIBARDO GARZON ROSERO, como defensor del allanado DC, para pedir el aplazamiento de la audiencia pública de Individualización de Pena y Sentencia fijada para el 7 de julio de 2015, de suerte que no puede ser sancionado disciplinariamente por aquello del ejercicio racional, ponderado y ético de los derechos que le asisten como Defensor Técnico.

Lo anterior sería motivo suficiente para impartir confirmación al auto que dispuso no adelantar trámite disciplinario en contra del citado defensor, pero encuentra la Sala que la funcionaria de primer grado erró al darle trámite a la apelación, porque éste auto no es pasible de dicho recurso, según pasamos a ver:

El artículo 176 del Código de Procedimiento Penal establece la procedencia de los recursos ordinarios contra las decisiones que se adopten en el proceso, y en su inciso segundo indica que *"La apelación procede, salvo los casos previstos en este código, contra los autos adoptados durante el desarrollo de las audiencias, y contra la sentencia condenatoria o absolutoria"*; también es claro que se concede por el juez de primera instancia, en el efecto suspensivo y en el devolutivo para los casos establecidos en el artículo inmediatamente siguiente.

La discusión surge en torno de si la enumeración del artículo 177 es taxativa o no y, en consecuencia, de ser solamente enunciativa, en qué efecto se concede el recurso de apelación en relación con las decisiones no enumeradas allí.

Revisando el contenido del artículo 20 de la Ley 906 de 2004, que regula el tema de la doble instancia y por ser norma rectora es de interpretación obligatoria y prevalente, según señala su artículo 26, encontramos claramente que se pueden impugnar en alzada las decisiones que se refieren a la libertad del imputado o acusado, las que afecten la práctica de pruebas o que tengan efectos patrimoniales, salvo las excepciones previstas en el Código, serán susceptibles del recurso de apelación. De donde habría que entender que la apelación también cabe contra decisiones que afectan la libertad, que no están incluidas en la lista del 177, como las relativas a la libertad provisional (317), a la sustitutiva de la detención preventiva (314) a la libertad vigilada, la acumulación jurídica de penas (460), la libertad vigilada (467), la revocatoria de la suspensión condicional (469), las decisiones relativas a la libertad condicional (471), la decisión de legalización de la capturas, etcétera.

Cuando el mismo artículo 20 señala las excepciones del Código, nos encontramos con exclusiones como las señaladas, por ejemplo para la revocatoria de la medida de aseguramiento, la decisión del cambio de radicación establecida en el artículo 48, las decisiones sobre impedimentos y recusaciones del artículo 65, la decisión sobre legalidad de registros y allanamientos y demás diligencias asimilables del artículo 238, hasta la determinación que imponga una medida correccional a un sujeto parte o interviniente establecida en el parágrafo del artículo 143 procesal penal, entre otras.

En relación con la cuestión sobre el efecto en que se deben conceder los recursos no expresamente señalados en el artículo 177, creemos que se debe acudir a la regla general del procedimiento que indica que deben ser concedidos en el efecto devolutivo. Y como el Código nada dice en este sentido, por la misma vía de la integración, debemos recurrir al procedimiento civil, siendo el artículo 354 del C. de P.C., en el inciso 2º del numeral 3º, el que señala el efecto en que se conceden los recursos cuando no están específicamente determinados.

De acuerdo con lo visto resulta fácilmente deducible que el auto que se abstuvo de impulsar el trámite correccional contra el abogado litigante GARZON ROSERO no es impugnabile, porque ninguna norma especial así lo consagra, como tampoco lo es siquiera aquel que hubiera ordenado adelantarlo hasta el punto de imponerle una sanción o medida correccional de multa o arresto, porque –como se indicó– el parágrafo del artículo 143 procesal penal establece tajantemente que *“si el funcionario impone la sanción, el infractor podrá solicitar la reconsideración de la medida que, de mantenerse, dará origen a una ejecución inmediata de la sanción, sin que contra ella proceda recurso alguno”*. Por virtud de lo anterior, lo que procede es DENEGAR el recurso de apelación porque el auto cuestionado no es pasible de dicho medio impugnatorio.

2. Sobre la determinación judicial de la pena y la aplicación de las reglas del concurso de delitos.

Ha mostrado el representante de la Fiscalía su disenso con la sentencia por haberse adoptado con supuesta vulneración de las reglas de dosificación punitiva, tanto en la aplicación de la pena para el delito mayor o más grave en el concurso de delitos por el cual se procede, como en la determinación final por el aumento del *“otro tanto”* establecido para estos eventos, de lo cual emergió una pena bastante baja y que no se compadece con la gravedad de los hechos. Sobre el primer aspecto dice que la pena a imponer para el delito más grave era la máxima del primer cuarto y que los aumentos por razón del concurso debían ser mayores. También desdice de la motivación del acto, aspectos sobre los cuales pasa la Sala a pronunciarse de fondo.

Sea lo primero indicar que en el caso sometido a examen converge imputación formal y posterior allanamiento a cargos del Ex Secretario de Hacienda del Municipio de Ipiales Nariño JMDC, en el periodo constitucional comprendido entre el 1 de enero de 2008 y el 31 de diciembre de 2011, por la no despreciable cantidad de once (11) delictuosidades atentatorias de la administración pública, derivadas de la expedición de cinco (5) resoluciones de empréstitos de dineros del presupuesto, cada una de las cuales constituía PREVARICATO POR ACCION (Artículo 413 del Código Penal) y PECULADO POR APLICACIÓN OFICIAL DIFERENTE (Artículo 399 del Código Penal). El fundamento jurídico para dicha acusación deriva de la protección especial que tenían los dineros presupuestados que fueron objeto de *“préstamo o aplicación oficial diferente”* y por la afectación de la inversión social.

Los asertos anteriores permiten a la Sala pronunciarse sobre los aspectos que inciden en la dosificación de la pena en el concurso de delitos, para lo cual resulta menester recordar que bajo el epígrafe de Concurso de conductas punibles, establece el artículo 31 del Código Penal originario (Ley 599 de 2000) lo siguiente:

"El que con una sola acción u omisión o con varias acciones u omisiones infrinja varias disposiciones de la ley penal o varias veces la misma disposición, quedará sometido a la que establezca la pena más grave según su naturaleza, aumentada hasta en otro tanto, sin que fuere superior a la suma aritmética de las que correspondan a las respectivas conductas punibles debidamente dosificadas cada una de ellas. En ningún caso, en los eventos de concurso, la pena privativa de la libertad podrá exceder cuarenta (40) años. Cuando cualquiera de las conductas punibles concurrentes con la que tenga señalada la pena más grave contemplare sanciones distintas a las establecidas en ésta, dichas consecuencias jurídicas se tendrán en cuenta a efectos de hacer la tasación de la pena correspondiente. PARAGRAFO. En los eventos de los delitos continuados y masa se impondrá la pena correspondiente al tipo respectivo aumentada en una tercera parte".

De acuerdo con la norma sustantiva penal transcrita, el procedimiento de determinación judicial de la pena aplicable en Colombia se acomoda al mecanismo conocido por la doctrina como de *"acumulación jurídica de penas"*¹, el cual se encuentra en oposición y de verdad proscribía la aplicación del sistema de *"acumulación material"*², que implica una suma aritmética de las sanciones previstas para cada uno de los delitos, sin límite de ninguna índole, pues partía del presupuesto que *"... el hombre debía sufrir tantos castigos como acciones en sentido jurídico penal hubiera realizado"*. Se afirma lo anterior porque el artículo 31 del Código Penal establece un límite a la sumatoria material de penas, al señalar que en casos de concurso de conductas punibles se aplica la pena que corresponde al delito más grave, aumentada hasta en otro tanto, con la limitante o demarcación que esta no puede ser superior *"... a la suma aritmética de las que correspondan a las respectivas conductas punibles debidamente dosificadas cada una de ellas"*.

En este punto, cabe interrogarse: ¿Cómo se determina la pena más grave en el concurso de delitos? Al respecto el alto tribunal de justicia penal ha sentado la siguiente tesis:

*"... no es la consagración legal de la pena la que marca el criterio esencial para dosificar la concreta sanción de cara al concurso de conductas punibles, sino su individualización específica respecto de cada una de ellas, porque puede ocurrir que determinado comportamiento que reprimido con una sanción penal menos severa que la prevista para otro con el que concursa, resulte más duramente sancionado que éste al cuantificar la que merece. Por esa razón, es menester entrar a sopesar en concreto la pena para cada una de las delincuencias en concurso"*³.

De conformidad con lo anterior, se puede llegar a la conclusión que la pena más grave se hace evidente solo cuando se proceden a individualizar judicialmente las correspondientes sanciones en concreto, no antes.

Una vez establecida la sanción más grave, le corresponde al fallador aumentar la pena hasta en otro tanto; quiere decir esto que, al tenor del artículo 60 numeral 2 del Código Penal, ésta proporción se convierte en un límite máximo de aplicación punitiva, cualquiera sea el número de delitos cometidos y la cantidad de sanción que corresponda a cada uno de ellos; luego es fácil llegar a la conclusión que la pena final nunca puede exceder el doble de la sanción considerada más grave.

Unido a lo anterior, deben atenderse los siguientes parámetros: ⁽¹⁾La pena a imponer no puede superar la suma aritmética de las penas individualizadas, con lo cual se crea un marco o espacio de movilidad punitiva para que el juzgador imponga la pena efectiva, el cual es entre la pena mayor, aumentada al menos en un (1) día, y la suma aritmética de las penas que corresponden a todos los delitos, ⁽²⁾sin que pueda superar los cuarenta (40) años de prisión. (Ahora el límite es hasta 60 años, según la reforma introducida por la ley 890 de 2004, artículo 1).

Con las reglas anteriores se obtiene un marco general de pena para el concurso, el cual oscila entre un monto mínimo (la sanción correspondiente al delito más grave) y el doble de esa base punitiva (aplicados los parámetros anteriores).

¹ VELASQUEZ VELASQUEZ, Fernando. "DERECHO PENAL PARTE GENERAL". Cuarta Edición. Librería Jurídica COMLIBROS. Bogotá D.C. 2009. Página 1018.

² POSADA MAYA, Ricardo. HERNANDEZ BELTRAN, Harold M. "EL SISTEMA DE INDIVIDUALIZACION DE LA PENA EN EL DERECHO PENAL COLOMBIANO – referido a la ley 599 de 2000). Universidad Pontificia Bolivariana – Facultad de Derecho. Biblioteca Jurídica DIKE. Medellín. 2001. Página 892.

³ CORTE Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. sentencia del 25 de marzo de 2004. Radicado 18.654. M.P. Jorge Aníbal Gómez Gallego.

Es aquí donde el Juez debe ponderar correctamente para tasar o determinarse de manera razonable y proporcional por una pena neta; esto es que, de acuerdo con el número de hechos punibles que integran el concurso y el mayor o menor grado de injusto, puede establecer con discrecionalidad reglada (no arbitrariamente) cual será la intensidad del reproche social.

En el evento sometido a examen la falladora de primer grado no ha realizado un adecuado proceso de dosificación punitiva, porque no siguió el orden, ni los parámetros y reglas establecidas por el legislador en el proceso de determinación de cada una de las penas establecidas en los tipos penales más graves y en los concurrentes, todos los cuales contemplan las penas de prisión, multa e inhabilitación como principales. De entrada conjugó los siguientes artículos del Código Penal, a efecto de la individualización judicial de las sanciones: 399 para el delito de PECULADO POR APLICACIÓN OFICIAL DIFERENTE y 413 para la tipología de PREVARICATO POR ACCION. Como quiera que de entrada se estableció acertadamente que el delito más grave era el de PREVARICATO POR ACCIÓN, precisó que éste consagra penas principales entre 48 y 144 meses de prisión, multa de 66.66 a 300 Salarios Mínimos Legales Mensuales vigentes e Inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de 80 a 144 meses.

De ahí surgió un marco de movilidad para la pena de prisión de 96 meses, el cual dividido en cuartos resultó de 24 meses, determinando la pena en el primer cuarto punitivo que oscilaba entre 48 y 72 meses de prisión, dado que no se había imputado circunstancias de mayor ni menor punibilidad de las que tratan los artículos 58 y 55 del Código Penal, aun cuando no se avizoraba la existencia de antecedentes penales en contra del filiado DC. En cuanto a la pena de multa, el marco de movilidad es de 233.34 Salarios Mínimos Legales Mensuales, el cual dividido en cuartos resulta de 58.335, y la sanción para el primer cuarto es de 66.66 a 124.99 salarios. Igual procedimiento debió realizarse para la pena de Inhabilitación para el Ejercicio de Derechos y Funciones públicas, porque en este delito opera como pena principal, y oscila entre 80 y 144 meses, de suerte que el marco de movilidad es de 64 meses de inhabilitación, el cual dividido en cuartos resulta de 16 meses, y la sanción para el primer cuarto es de 80 a 96 meses de Inhabilitación para el Ejercicio de Derechos y Funciones Públicas; si bien omitió éste apartado, la Sala asumirá los correctivos legales.

Seguidamente, indicó de manera laxa que aplicaría las penas mínimas del primer cuarto para el delito de PREVARICATO, y procedió a aplicar aumentos por razón del concurso, conforme el artículo 31 penal, indicando que *"...en tanto se cometieron 5 conductas constitutivas de Prevaricato,... la pena anteriormente dosificada se aumenta en otro tanto, es decir 3 meses por cada conducta arrojando un resultado de 12 meses, para una pena final de 60 meses de prisión, en lo que respecta a la multa aumentada en la misma proporción esto es 12 SMLMV, arroja un resultado de 78.66 SMLMV. / De igual forma se condena a la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por un periodo de 92 meses"*. Seguidamente precisó: *"Ahora bien, como el sentenciado incurrió en la conducta de Peculado por Aplicación Oficial Diferente, que tiene señalada prisión de 16 a 54 meses y multa de 13.33 a 75 SMLMV, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por igual término, para un total de seis (6) conductas, por lo que aplicando las reglas del concurso, la anterior pena se aumenta en otro tanto que en este caso corresponde a 12 meses de prisión para un total de 72 meses de prisión y en lo que corresponde a la multa se aumenta en 6 SMLMV, para un total de 84.66 SMLMV"*. Solo en éste momento consideró la necesidad de motivar la razón de aplicar las penas mínimas de la infracción principal, para lo cual señaló textualmente:

*"...en este caso se parte de la pena mínima, analizando los aspectos previstos en el inciso 1 del artículo 61 ejesdum, como a) **la gravedad de la conducta**, b) **el daño real causado**, c) **la modalidad en que se perpetró el hecho**, d) **la necesidad de la pena**, si bien la conducta sin duda grave y el daño causado como la legalidad de las actuaciones de los servidores públicos y el patrimonio del estado, llevan a concluir que no hay necesidad de incrementar la pena por estos aspectos como quiera que ya se hizo un incremento consideradas individualmente cada una de las conductas y también se tiene que el ajusticiado no desplegó ninguna acción adicional que amerite un mayor reproche que implique el incremento de la pena, por el contrario con su actitud se mostró muy colaborador en este asunto, allanándose a los cargos desde el inicio de la investigación evitando un mayor desgaste, por lo que la sanción quedará en SETENTA Y DOS (72) MESES DE PRISION"*.

Atendiendo los requerimientos del Fiscal impugnante, procederá la Sala a revisar la actividad de determinación judicial de la pena en el presente caso, bajo las siguientes premisas:

No remite a dubitación alguna que es el delito de PREVARICATO POR ACCION el más grave o complejo de los imputados, porque con la revisión comparativa de las cantidades y calidades de pena previstas por el legislador en los artículos 413 y 399 se acredita la menor connotación jurídica del punible de PECULADO POR APLICACIÓN OFICIAL DIFERENTE.

Tampoco ha sido motivo de discusión siquiera que la pena para el prevaricato oscila entre 48 y 144 meses de prisión, multa de 66.66 a 300 salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de 80 a 144 meses. Y hasta admite la Fiscalía que la pena debe imponerse en el primer cuarto de movilidad de cada una de las sanciones, que es de 48 a 72 meses de prisión, multa de 66.66 a 124.99 salarios mínimos y de 80 a 96 meses de inhabilitación.

El primer problema está en la circunstancia por la cual el Juzgador impuso las penas mínimas previstas para el primer cuarto, porque el Fiscal Apelante dice que no hay argumento válido para ello, amen que es escueta o casi nula la motivación, cuando se está en presencia de conductas graves. Al respecto debe indicarse que el artículo 61 inciso 3 del Código Penal indica que *“establecido el cuarto o cuartos dentro del cual determinarse la pena, el sentenciador la impondrá ponderando los siguientes aspectos: la mayor o menor gravedad de la conducta, el daño real o potencial creado, la naturaleza de las causales que agraven o atenúen la punibilidad, la intensidad del dolo, la preterintención o la culpa concurrentes, la necesidad de pena y la función que ella ha de cumplir en el caso concreto”*.

Encuentra la Colegiatura que la Juez de primer grado no fue ajena a manifestarse sobre la gravedad de las conductas desplegadas por DC, y este desvalor en la acción y en el resultado se patentiza en las circunstancias que algunos recursos estatales que tenían destinación presupuestal específica para la inversión social, como construcción de la plaza de mercado y mantenimiento de vías, fueron desviados a baladíes actividades lúdicas de pago de servicios artísticos y de unos eventos o festejos de final del año 2011, que precisamente es la época cuando los funcionarios imputados se estaban despidiendo de su periodo gubernamental de cuatro (4) años. También desviaron dineros a través de empréstitos para el pago de la nómina, lo cual traduce mal ejercicio o falta de precaución en el aseguramiento de dichos recursos en varias etapas del año; aquí se pone también de manifiesto la intensidad del dolo, porque resulta asaz indicante que todos estos movimientos dinerarios se realizaran al finalizar el periodo constitucional del Alcalde HGEC. y de sus inmediatos o directos colaboradores, de lo cual dimana el ánimo de dejar *“solucionadas”* algunas situaciones administrativas complejas, antes de hacer entrega del mando gubernamental del municipio de Ipiales – Nariño a su sucesor, a partir del 1 de enero de 2012.

Estas circunstancias permiten imponer unas sanciones superiores a las que registran el marco mínimo del primer cuarto punitivo para el delito de PREVARICATO POR ACCION, de suerte que se considera proporcional o razonable aumentar a la pena mínima -al menos un 10% del marco de movilidad previsto para cada clase de sanción-, de la siguiente forma:

CANTIDAD Y CALIDAD PENA PRIMER CUARTO	MARCO DE MOVILIDAD PRIMER CUARTO	PENA MINIMA MAS 10% MARCO DE MOVILIDAD	PENA DEFINITIVA PREVARICATO POR ACCION
PRISION 48 a 72 meses	PRISION 24 meses	PRISION 48+2.4 meses	PRISION 50.4 MESES
MULTA 66.66 a 124.99 SML	MULTA 58.335 SMLMV	MULTA 66.66+5.83 SMLM	MULTA 72.49 SMLMV
INHABILITACION 80 a 96 Meses	INHABILITACION 16 Meses	INHABILITACION 80+1.6 Meses	INHABILITACION 81.6 MESES

Por otro lado la Juez de primer grado no se dio a la tarea de dosificar la pena para cada uno los delitos concurrentes que son Cuatro (4) PREVARICATOS POR ACCION adicionales y seis (6) PECULADOS POR APLICACIÓN OFICIAL DIFERENTE; con todo resulta claro que las penas imponibles por el concurso, de acuerdo con el artículo 31 del Código Penal, no podrían ser superiores al doble de cada una de estas penas debidamente establecidas, esto es 100.8 meses de prisión, multa de 144.98 SMLMV e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por 173.2 meses, montos que por supuesto solo son por ahora los límites máximos de la sanción por el concurso.

Pero como no puede perderse de vista que para la imposición de la pena por el concurso de varios delitos que comportan pena principal privativa de la libertad, la doctrina nacional aconseja verificar el número de delitos concurrentes⁴, la naturaleza del concurso que se aplica (no es lo mismo un concurso de delitos simultaneo que el sucesivo), al igual que deben verificarse los bienes jurídicos afectados – esto es si son particulares o colectivos-. Como en éste caso los actos de desviación de dineros del presupuesto del municipio de Ipiales – Nariño en el año 2011, en los que incurrió el señor JMCD como Secretario de Hacienda, afectaron varios rubros presupuestales destinados a los gastos de inversión social, amen que fueron múltiples (11 en total) los actos prevaricadores y de descarrío unilateral del presupuesto municipal pre-establecido por el Consejo de dicha municipalidad, en los cuales confluyen formas concursales sucesivas homogéneas y heterogéneas, fuerza discernir que un aumento equivalente al sesenta por ciento (60%) de la sanción a imponer por el delito mayor resulta ajustada a los cánones legales y a las circunstancias del proceso.

Por tal virtud la pena a imponer en el presente caso, aplicando la tasa de aumento punitiva anterior por el concurso y la rebaja del cincuenta por ciento (50%) por razón del allanamiento a cargos, es la siguiente:

PENA PARA PREVARICATO	AUMENTO 60% CONCURSO	PENA DOSIFICADA	REBAJA 50% ALLANAMIENTO	PENA DEFINITIVA
PRISION 50.4 MESES	PRISION 30.24 MESES	PRISION 80.64 MESES	PRISION 40.32 MESES	PRISION 40.32 MESES
MULTA 72.49 SMLMV	MULTA 43.49 SMLMV	MULTA 115.98 SMLMV	MULTA 57.99 SMLMV	MULTA 57.99 SMLMV
INHABILITACION 81.6 MESES	INHABILITACION 48.96 MESES	INHABILITACION 130.56 MESES	INHABILITACION 65.28 MESES	INHABILITACION 65.28 MESES

Con lo anterior se corrigen los defectos en la aplicación de la pena en el concurso, en los que incurrió el Juzgador de Primer Grado; igualmente se media en los excesos punitivos de la Fiscalía, que deprecaba un aumento de pena del 30% para cada delito concurrente, porque ello rebasaría los límites previstos en el artículo 31 de la ley penal vigente.

3. Sobre la aplicación de la inhabilidad establecida el artículo 122 inciso 5 de la Constitución Nacional (modificado por el Acto Legislativo 01 de 2004).

En la sentencia de condena la falladora de primer grado dio aplicación a la inhabilidad especial de que trata el artículo 122 Constitucional por un término igual al de la pena principal, aduciendo que las conductas atribuidas al Ex Funcionario DC habían afectado el patrimonio del Estado. Este apartado de la decisión ha sido impugnado por el representante de la Fiscalía, quien aduce que debe imponerse la inhabilidad, pero de manera intemporal o perpetua. Al respecto debe indicarse:

⁴ SARAY BOTERO, Nelson "DOSIFICACION JUDICIAL DE LA PENA" II edición. Editorial LEYER. Bogotá 2011. Página 435.

Efectivamente, la Constitución Nacional de 1991 trae en su parte orgánica un Título V dedicado a la “Organización del Estado” y un Capítulo 2 referido al ejercicio de la Función Pública. De estos hace parte el artículo 122 cuyo inciso 5° fue modificado por el acto legislativo 01 de 2004 que regula la “PÉRDIDA DE DERECHOS POLÍTICOS” en los siguientes eventos:

“Sin perjuicio de las demás sanciones que establezca la ley, no podrán ser inscritos como candidatos a cargos de elección popular, ni elegidos, ni designados como servidores públicos, ni celebrar personalmente, o por interpuesta persona, contratos con el Estado, quienes hayan sido condenados, en cualquier tiempo, por la Comisión de Delitos que afecten el patrimonio del Estado. Tampoco quien haya dado lugar, como servidor público, con su conducta dolosa o gravemente culposa, así calificada por sentencia judicial ejecutoriada, a que el Estado sea condenado a una reparación patrimonial, salvo que asuma con cargo a su patrimonio el valor del daño” (Subrayas de la Sala).

Resulta claro que esta inhabilidad Constitucional es bastante diferente a la establecida en el artículo 44 del Código Penal Colombiano como pena principal o accesoria, para algunas de las delictuosidades en él contempladas, según se puede colegir de su propio tenor: “La pena de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas priva al penado de la facultad de elegir y ser elegido, del ejercicio de cualquier otro derecho político, función pública, dignidades y honores que confieren las entidades oficiales”. Esto se advierte en la perpetuidad o intemporalidad de la inhabilidad constitucional y en su amplitud frente a la imposibilidad de que el ex funcionario inhabilitado pueda en cualquier tiempo “...celebrar personalmente, o por interpuesta persona, contratos con el Estado”, porque esto no se contempla en la norma penal; así como que la norma constitucional no restringe el derecho público a ejercer el sufragio.

Desde la expedición del parágrafo 2º del artículo 38 de la Ley 734 de 2002 (Estatuto Único Disciplinario), el legislador estableció o delimitó los acontecimientos que fáctica y jurídicamente daban lugar a la inhabilidad constitucional, al señalar:

“Para los fines previstos en el inciso final del artículo 122 de la Constitución Política a que se refiere el numeral 1 de este artículo, se entenderá por delitos que afecten el patrimonio del Estado aquellos que produzcan de manera directa lesión del patrimonio público, representada en el menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida, uso indebido o deterioro de los bienes o recursos públicos, producida por una conducta dolosa, cometida por un Servidor Público”.

El problema que se plantea esta Sala es si debe el Juez Penal de Conocimiento imponer esta inhabilidad a título de sanción principal o accesoria, en los eventos de los delitos contemplados por la norma constitucional, o si no hay necesidad de ello por haberla establecido el constituyente primario como una casual impediende general, la cual debe ser controlada por otras instituciones jurídicas del Estado – como la Registraduría Nacional del Estado Civil, la Procuraduría General de la Nación, la Contraloría General de la República, entre otras – a quienes se les deben reportar las sentencias condenatorias cuando se producen por afectación de bienes del estado, quienes deben alimentar sus sistemas de información para la entrega de certificados o paz y salvos que le permitan a los ciudadanos acceder a cargos públicos, a inscribir sus candidaturas, o para ingresar a procesos de contratación administrativa, etcétera, momento en el cual refulege o se hace evidente la inhabilidad intemporal.

Atendiendo algunos precedentes del alto Tribunal de Justicia Penal Colombiano, los cuales comparte esta Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Pasto – Nariño, la determinación de esta Inhabilidad en la sentencia resulta inoficiosa o ineficaz por su misma naturaleza Constitucional, amen que nuestro sistema jurídico penal no la contempla explícitamente como pena principal o accesoria, sino que el Constituyente Primario la asumió para proteger la indemnidad de la administración pública frente a sujetos con malos antecedentes en el manejo del recurso público. Así se ha expresado la corporación en importantes precedentes:

“Tratándose de una inhabilidad, es decir, de una situación que le impide a una persona ejercer, obtener o conservar un empleo, oficio, cargo o ventaja, bien podría sostenerse que opera de pleno derecho, con la sola condición de que, como lo precisa la Ley 734 del 2002, el supuesto fáctico –que la conducta objeto de sentencia condenatoria constituya un delito doloso contra el patrimonio del Estado- se haga explícito en el fallo que declara la responsabilidad penal. / “En este sentido, para la aplicación de esa restricción

*sería irrelevante que la consecuencia del comportamiento ilícito –la inhabilidad intemporal– se expresara o no en la correspondiente sentencia, pues en todo caso “el servidor público que sea condenado por delitos contra el patrimonio del Estado, quedará inhabilitado para el desempeño de funciones públicas” como reza, se repite, la norma que se comenta. / **“Que la circunstancia impeditiva opere de pleno derecho, implica que rige aunque no se declare.”**⁵ (Subrayas y negrillas de la Sala)*

*“En cuanto a la inhabilidad para el ejercicio de funciones públicas, dado que se trata de un delito doloso contra el patrimonio económico del Estado cometido por un servidor público, la sanción será a perpetuidad porque así lo manda el inciso 5° del artículo 122 de la Constitución Política, **disposición que opera, inclusive sin orden judicial, por simple mandato constitucional**”⁶ (Subrayas y negrillas de la Sala).*

Atendiendo que en el presente caso la Juez de primer grado decidió pronunciarse sobre la aplicación de la inhabilidad constitucional, circunstancia ésta a la cual no estaba fatalmente obligado -pero cuyo pronunciamiento tampoco afecta antijurídicamente los intereses del condenado DC-, se considera procedente confirmar la imposición de la inhabilidad, pero con la modificación que será intemporal o perpetua, en los términos del artículo 122 inciso 5° Constitucional.

4. Sobre la concesión del subrogado de Suspensión Condicional de la Ejecución de la pena.

Los hechos del asunto objeto de estudio ocurrieron en vigencia de la Ley 599 de 2000, cuyo Artículo 63 regulaba lo concerniente a este subrogado punitivo, en los siguientes términos:

“Artículo 63. Suspensión condicional de la ejecución de la pena. Adicionado por el art. 4o, Ley 890 de 2004. La ejecución de la pena privativa de la libertad impuesta en sentencia de primera, segunda o única instancia, se suspenderá por un período de dos (2) a cinco (5) años, de oficio o a petición del interesado, siempre que concurran los siguientes requisitos:

- 1. Que la pena impuesta sea de prisión que no exceda de tres (3) años.*
 - 2. Que los antecedentes personales, sociales y familiares del sentenciado, así como la modalidad y gravedad de la conducta punible sean indicativos de que no existe necesidad de ejecución de la pena. La suspensión de la ejecución de la pena privativa de la libertad no será extensiva a la responsabilidad civil derivada de la conducta punible.*
- Inc. Adicionado. Ley 890 de 2004, art. 4o. su concesión estará supeditada al pago total de la multa. El juez podrá exigir el cumplimiento de las penas no privativas de la libertad concurrentes con ésta. En todo caso cuando se trate de lo dispuesto en el inciso final del artículo 122 de la Constitución Política, se exigirá su cumplimiento..”*

Para la época de ocurrencia de los hechos (Julio a Diciembre de 2011) había entrado en vigencia la ley 1453 del 24 de junio de 2011, que a su vez había modificado en su artículo 28 el artículo 68A del Código Penal, que consagraba la prohibición de conceder sustitutos y subrogados en casos de delitos de Prevaricato por Acción, entre otros, norma esta que ha sido desatendida por el Juez de Primer Grado, y que a la letra indica:

“Artículo 28 Ley 1453 de 2011. El artículo 32 de la Ley 1142 de 2007, que adicionó el artículo 68 A de la ley 599 de 2000 quedará así: “Artículo 68 A. Exclusión de los beneficios y subrogados penales. No se concederán los subrogados penales o mecanismos sustitutivos de la pena privativa de libertad de suspensión condicional de la ejecución de la pena o libertad condicional; tampoco la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión; ni habrá lugar a ningún otro beneficio o subrogado legal, judicial o administrativo, salvo los beneficios por colaboración regulados por la ley, siempre que esta sea efectiva, cuando la persona haya sido condenada por delito doloso o preterintencional dentro de los cinco (5)

⁵ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sentencia de Casación penal de Octubre 13 de 2004, Rad. 20.944. Reiterada en la sentencia del 16 de marzo de 2006, radicado 19815. M.P. Jorge Luis Quintero Milanés.

⁶ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 29 de junio de 2005, radicado 19093. MP. Álvaro Orlando Pérez Pinzón.

*años anteriores o cuando haya sido condenado por uno de los siguientes delitos: cohecho propio, enriquecimiento ilícito de servidor público, estafa y abuso de confianza que recaigan sobre los bienes del Estado, concusión, **prevaricato por acción** y por omisión, celebración de contrato sin el cumplimiento de los requisitos legales, lavado de activos, utilización indebida de información privilegiada, interés indebido en la celebración de contratos, violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, tráfico de influencias, peculado por apropiación y soborno transnacional" (Subraya y negrilla nuestra).*

Estos requisitos son de estirpe legal y de obligatorio cumplimiento, en la órbita de determinar los eventos de su procedencia, al punto que si alguno de ellos falla no queda camino diferente al funcionario judicial que declarar la improcedencia del instituto jurídico, porque la Suspensión Condicional de la Ejecución de la Pena de Prisión debe entenderse como un derecho sometido a condición, de suerte que el funcionario encargado de verificarla debe basarse en circunstancias objetivas, de manera que su reconocimiento "...no obedece al capricho del juzgador, ni muchos menos al arbitrio de los sujetos procesales o de los interesados"⁷, según lo ha manifestado en reiterados fallos el alto tribunal de justicia penal ordinaria.

Si bien con el advenimiento del artículo 29 la ley 1709 de enero de 2014 se produjo importante modificación a esta figura penal, de la Suspensión Condicional de la Ejecución de la Pena, ya que amplió la prohibición a otros delitos, entre los cuales quedan cobijados todos aquellos por los cuales ha aceptado responsabilidad penal el señor DC por afectar la Administración Pública, esta norma no resulta aplicable al caso sometido a examen, por ser posterior y desfavorable para los intereses del condenado. La norma es del siguiente tenor:

"Artículo 29. Modifícase el artículo 63 de la Ley 599 de 2000, el cual quedará así: Suspensión de la ejecución de la pena. Lo ejecución de la pena privativa de la libertad impuesto en sentencia de primero, segundo o única instancia, se suspenderá por un período de dos (2) o cinco (5) años, de oficio o a petición del interesado, siempre que concurren los siguientes requisitos:

- 1. Que la pena impuesta sea de prisión que no exceda de cuatro (4) años.*
 - 2. Si la persona condenada carece de antecedentes penales y no se trata de uno de los delitos contenidos el inciso 2° del artículo 68A de la Ley 599 de 2000⁸, el juez de conocimiento concederá la medida con base solamente en el requisito objetivo señalado en el numeral 1 de este artículo.*
 - 3. Si la persona condenada tiene antecedentes penales por delito doloso dentro de los cinco (5) años anteriores, el juez podrá conceder la medida cuando los antecedentes personales, sociales y familiares del sentenciado sean indicativos de que no existe necesidad de ejecución de la pena.*
- Lo suspensión de la ejecución de la pena privativa de la libertad no será extensiva a la responsabilidad civil derivada de la conducta punible.*
- El juez podrá exigir el cumplimiento de las penas no privativas de la libertad accesorias o esta. En todo caso, cuando se trate de lo dispuesto en el inciso final del artículo 122 de la Constitución Política se exigirá su cumplimiento".*

Como se puede ver, ninguna de las normas transcritas favorece los intereses jurídicos del condenado JMDC, en torno al subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, porque el monto final tasado para la prisión es de 40.32 meses de prisión (o lo que es lo mismo 40 meses y 9 días de prisión), lo que visiblemente advierte que el filiado no cumple con el requisito objetivo previsto para su viabilidad por el artículo 63 penal originario (Ley 599 de 2000). Unido a lo anterior, la ley 1709 de 2014 tienen expresamente prohibida la concesión del subrogado de suspensión condicional de la ejecución de la pena para delitos de PREVARICATO POR ACCION y cualesquier otro contra la Administración Pública, lo mismo que también se encuentra proscriba la posibilidad de aplicar la llamada LEX TERTIA. Estas circunstancias conllevan la prosperidad de la apelación formulada por la Fiscalía en este aspecto, de lo cual deviene la revocatoria de la parte pertinente del numeral primero de la sentencia condenatoria.

⁷ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 6 de diciembre de 2001. Radicado 19009. M.P. Carlos Augusto Gálvez Argote.

⁸ El artículo 68A excluye la concesión de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión, lo mismo que cualquier otro beneficio judicial o administrativo, salvo los beneficios por colaboración eficaz –siempre que sea efectiva– en los casos de delitos dolosos contra la Administración Pública, entre otros.

Sin lugar a otras argumentaciones, el Tribunal Superior de Pasto - Nariño, en Sala de Decisión Penal, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia condenatoria proferida anticipadamente el 26 de agosto de 2015 por el Juzgado Segundo Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Ipiales - Nariño, en contra del señor JMDC, **con la modificación** que las penas principales y accesorias que se le imponen son las siguientes:

- Prisión: cuarenta (40) Meses y nueve (9) días.
- Multa: Setenta y dos punto cuarenta y nueve (72.49) salarios mínimos legales mensuales vigentes.
- Inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas: sesenta y cinco (65) Meses y ocho (8) días.

SEGUNDO.- Dar aplicación en contra del señor JMDC a la inhabilitación establecida en el artículo 122 inciso 5° de la Constitución Nacional, en términos intemporales o perpetuos. Infórmesele a las autoridades pertinentes.

TERCERO.- REVOCAR la concesión del subrogado de Suspensión Condicional de la Ejecución de la Pena concedida al señor JMDC, como consecuencia de lo cual se librará orden de captura ante las autoridades que corresponda, para que purgue la pena de prisión impuesta en condición intramural.

CUARTO: Denegar el recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía contra el auto interlocutorio proferido por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Ipiales – Nariño en audiencia celebrada el 7 de julio de 2015, que se abstuvo de iniciar trámite disciplinario contra el abogado defensor de los intereses del acusado por la inasistencia a la misma, por no ser ésta una decisión pasible de este recurso.

QUINTO.- Disponer la compulsación de copias penales y disciplinarias de lo actuado, en contra de la Juez de Conocimiento, ante la Fiscalía Delegada ante el Tribunal de Pasto – Nariño y el Consejo Seccional de la Judicatura de Pasto – Nariño, para que se investigue su actuación dentro del presente caso.

SEXTO.- La presente decisión se notifica en estrados y se informa que contra los puntos primero, segundo y tercero de esta providencia procede el recurso extraordinario de casación.

CÓPIESE Y CÚMPLASE

SILVIO CASTRILLÓN PAZ
Magistrado

BLANCA LIDIA ARELLANO MORENO
Magistrada

FRANCO SOLARTE PORTILLA
Magistrado

MIGUEL ÁNGEL SÁNCHEZ ACOSTA
Secretario

AUDIENCIA DE FORMULACIÓN DE ACUSACIÓN – OBJETIVO: Saneamiento del proceso en relación con el juez y la estructura procesal./ **AUDIENCIA DE FORMULACIÓN DE ACUSACIÓN – NULIDADES PROCESALES:** El examen de las nulidades en esta etapa es formal. / **AUDIENCIA DE FORMULACIÓN DE ACUSACIÓN – NULIDADES PROCESALES:** La ilegitimidad de un medio de convicción se confronta en la Audiencia Preparatoria no en la de Formulación de Acusación - Improcedencia de declarar las nulidades solicitadas por la defensa, alegando posibles irregularidades cometidas por funcionarios de policía judicial en el proceso de recopilación de los elementos de prueba en la etapa investigativa, por cuanto este tópico debe debatirse en la audiencia preparatoria, no en la de formulación de acusación, dentro de la cual sí cabe la posibilidad de alegar nulidades, pero solamente las relacionadas con probables irregularidades que afectan la estructura del proceso a partir del cuestionamiento de los elementos constitutivos del escrito de acusación o sanear el proceso en lo referente con alguna nulidad relacionada con el juez, cuyo examen es formal; no siendo factible que el funcionario judicial pueda verificar la legalidad o alcance de los elementos materiales probatorios, evidencia física o informes presentados por la Fiscalía, en tanto no se le demanda allegar efectivamente esos medios de conocimiento, sino únicamente relacionarlos e identificarlos./

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PASTO
SALA DE DECISIÓN PENAL**

Magistrado Ponente: Franco Solarte Portilla

Asunto: Apelación auto que negó nulidad
Delito: Homicidio agravado y otros
Acusados: SJD y otros
Radicación: 2015-01015-1 N.I. 18632
Aprobación: Acta No.185 (Noviembre 29 de 2016)

San Juan de Pasto, diciembre seis de dos mil dieciséis

Objeto del Pronunciamiento

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por el togado que representa los intereses del procesado SJDC, en contra del auto proferido el 29 de agosto de 2016, mediante el cual el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Tumaco no decretó la nulidad deprecada por dicho profesional del derecho al comienzo de la audiencia de formulación de acusación, dentro del proceso que se adelanta por los delitos de homicidio agravado, concursal con los punibles de tentativa de homicidio agravada, porte de armas de fuego y hurto calificado en contra del mentado ciudadano y 3 personas más.

Antecedentes

Tras sendas labores investigativas el Despacho fiscal, al que para ese entonces se le asignó el adelantamiento del asunto de marras, logró del Juez Primero Penal Municipal de Tumaco con Función de Control de Garantías la expedición de órdenes de captura en contra de los señores FRDS, AAG y MIDC, que tras hacerse efectivas conllevaron a la realización de las audiencias preliminares concentradas de legalización de la aprehensión, formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento el día 25 de agosto de 2015, para los dos primeramente nombrados, y el día 26 de esa misma mensualidad para esta última, ante ese mismo juzgado y ante su homólogo segundo, respectivamente.

El 30 de noviembre de 2015 se celebraron las diligencias de formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento en contra del señor SJDC también ante ese mismo Despacho judicial, a quien finalmente no se le impuso medida alguna, a diferencia de los nombrados arriba, que sí fueron afectados en sus respectivas diligencias con detención preventiva carcelaria.

A los mentados en audiencia de formulación de imputación les fue atribuida la coautoría de los reatos de homicidio agravado, tentativa de homicidio agravado, hurto calificado, porte de armas de defensa personal y porte de armas de uso privativo de las Fuerzas Armadas, en los hechos acaecidos el día 6 de agosto de 2015, cuando aquellos en consuno con otras personas más ingresaron a la fuerza a la casa de habitación de la señora ESL y emprendieron una balacera que acabó la vida de aquella y de su yerno JFVV, y que increpó heridas de gravedad en contra de ZSBS y JCBS, a quienes, pese a los intentos por rematarlos no lograron cegarles la vida; así mismo los asaltantes a su salida se llevaron consigo varios bienes muebles del lugar, entre éstos dos motocicletas.

La Fiscalía 56 Seccional de Tumaco radicó la acusación el 23 de diciembre de 2015 con identidad de lo enrostrado con precedencia; sin embargo, con escrito del 25 de mayo de 2016 la FISCALÍA 28 SECCIONAL DE TUMACO – por reasignación- eliminó de la acusación escrita el punible de porte de armas de uso privativo de las Fuerzas Armadas, con ocasión de lo cual el Juzgado Penal del Circuito Especializado de Tumaco, a quien se le repartió el conocimiento de la etapa de juzgamiento primigeniamente, con proveído del 26 de mayo declaró su falta de competencia y dispuso la remisión a los juzgados penales del circuito de esa localidad.

Después de algún intento, con presidencia del Juzgado Segundo Penal del Circuito de esa ciudad, se instaló el 29 de agosto de la anualidad corriente la audiencia de formulación de acusación, y abierto el espacio para que el ente persecutor, el Ministerio Público y la defensa expresaran las causales de incompetencia, impedimentos, recusaciones y nulidades, la agencia judicial del señor SJDC adujo la nulidad que hoy convoca la atención de la Sala, mientras que la de la señora MIDC planteó el conflicto de jurisdicciones, ambos resueltos de manera negativa por el juzgador; lo primero que contrajo la incoación de la alzada por ese togado, y lo segundo, la remisión de copias del expediente al Consejo Superior de la Judicatura.

Solicitud de nulidad

Deprecó entonces esa representación judicial que se decretara la nulidad con fundamento en el artículo 457 de la Ley 906 de 2004 por la violación a los derechos al debido proceso y defensa de su prohijado, destino para el cual sostuvo que antes de ser vinculado formalmente a los hechos delictivos, el procesado se puso a disposición de la FISCALÍA 56 SECCIONAL DE TUMACO con el fin de brindar aclaración sobre su ocurrencia y aportar con la investigación, dicho ente acusador que debiéndolo haber hecho, no llamó a interrogatorio al indiciado ni efectuó el reconocimiento en fila de personas, a contra pelo, personal de Policía Judicial procedió a desarrollar el reconocimiento fotográfico sin previa orden del funcionario fiscal y sin que el señalado hubiera estado asistido por su defensor, como también a tomar entrevista sin que hubiere estado firmada por el entrevistado y a recibir declaraciones juradas adoleciendo de la facultad para hacerlo. En tales breves locuciones sustentó su particular pedimento.

Providencia impugnada.

Rehusó la solicitud el Fallador de primer grado, y explicó que en la sistemática procesal acusatoria regente el legislador y el constituyente le encargaron a la Fiscalía la carga de hacer acopio de la prueba de acusación que ha de ser empleada en el juicio con miras a arribar a la Judicatura al convencimiento de la responsabilidad penal del procesado, que implica la realización de un trabajo investigativo con apoyo de Policía Judicial para la recopilación de información, como a través de declaraciones juradas de testigos, evidencia física, informes periciales, entre otros, misma que al ostentar la calidad necesaria le permitirá presentar ante el juez de conocimiento la acusación, con posterioridad a la cual se sucede la audiencia preparatoria que busca el decantamiento de las pruebas que han de practicarse en juicio.

Amonestó que los vicios argüidos por la defensa son problemas que atañen exclusivamente a la Fiscalía y que no le importan al juez, como los de la ausencia de firmas en las actividades de Policía Judicial, que han de ser deliberados en el juicio oral, estadio procesal donde además lo que se reciben son los testimonios y no las entrevistas. Dijo entonces que esas no eran circunstancias que pudieran aparejar la nulidad de los ritos procesales, como cuando hay violaciones al derecho de defensa o debido proceso, que aquí no han sobrevenido.

La sustentación del recurso.

En la alzada depuso el censor que el reconocimiento fotográfico como parte integrante del testimonio debía reunir unas formalidades propias, como que fuera el ente investigador el que lo autorizara y se desarrollara en presencia de quien defiende los derechos del procesado, so pena de franquear normas del orden internacional. Pasó a exhibir que las víctimas sobrevivientes no describieron los rasgos físicos de su poderdante, entonces hubo de desconocerse el contenido del artículo 252 del Código de Procedimiento Penal, porque además aquel hizo manifestación expresa y escrita que era su deseo ponerse a disposición del organismo acusador.

En el conjunto de sus disertaciones, adujo que aunque la entrevista no servía de prueba autónoma sí valía para impugnar credibilidad o permitir el recuerdo de lo atestiguado, luego, con toda esa documentación a su prohijado se le habían imputado los cargos y ahora acusado sin que la entrevista llevara las firmas debidas, o sea, sin prueba idónea, y ello traducía la ineficacia de la actuación a la luz del artículo 206 del estatuto adjetivo. Arguyó no desconocer que estas materias se trataban al culmen del proceso penal, empero, merecían ser observadas en su decurso intermedio para que la Judicatura dilucidara si venía por la senda correcta o no ante la posibilidad de que se condenara a su defendido; entre esas líneas sin describir cómo, adveró que la Ley 906 de 2004 contenía varias vacíos. Así, sustentó el recurso jerárquico el inconforme.

Traslado a los no recurrentes.

Como natural fuere, el delegado de la Fiscalía tachó de ambiguo el planteamiento de la nulidad como una extraña amalgama de preceptos de la Ley 906 de 2004 y la Ley 600 de 2000 elaborada por el petente. Apuntó que el procedimiento acusatorio es diáfano en los espacios procesales contemplados, como que el presente no era el momento procesal para alegar el tipo de situaciones ventiladas por la defensa, pues después de la acusación sucede la audiencia preparatoria en la que se descubren, anuncian y solicitan las pruebas bajo criterios de conducencia, necesidad y utilidad; allí donde los interesados pueden proponer las tachas de que adolecen los elementos de prueba de su contraparte en pro de su exclusión. Abogó entonces por la confirmación de la decisión de primer grado.

Consideraciones

Es el numeral 1º del artículo 34 de la Ley 906 de 2004 que le entrega competencia a esta Sala para resolver la alzada que hoy la convoca, pues se trata de inspeccionar en segunda instancia la decisión proferida en primera que despachó de manera desfavorable un pedido de nulidad izado por el defensor de uno de los procesados en los marcos limitantes en que ese recurso ha sido propuesto, y que impone resolver a la Corporación si por las alegadas fallas en la recopilación de elementos materiales probatorios en la etapa investigativa por parte del ente que lidera esa labor hay algún asomo de nulidad.

En ese contexto, debe hacerse un preliminar acercamiento al instituto de las nulidades procesales, que se erige como un mecanismo extremo con el cual se corrigen las falencias en el procedimiento que afectan las garantías fundamentales de las partes e intervinientes o ultrajan las bases fundantes del proceso, y solamente puede ser decretado si se colman los presupuestos propios del principio de trascendencia, que a su vez engloba la observancia de los axiomas de taxatividad, protección, convalidación, instrumentalidad y residualidad¹.

Si bien no existe norma en la Ley 906 de 2004 que consagre de manera expresa dichos principios, en el procesamiento penal más reciente siguen vigentes tras la aplicación de los lineamientos normativos de la Ley 600 de 2000 por integración y porque además pertenecen a la teoría general del proceso penal, de ahí porqué sea perentorio para quien persigue la declaratoria de nulidad *"(...) demostrar no sólo la ocurrencia de la incorrección denunciada, sino que se afectaron de manera real y cierta las garantías de los sujetos procesales o fueron socavadas las bases fundamentales del proceso"*².

¹ CSJ SP, 13 mar 2013, Rad. 39.574.

² CSJ SP, 28 oct 2016, Rad. 44.124.

Pues bien, para la Fiscalía, el Ministerio Público y la defensa el artículo 339 del ese estatuto prevé un espacio en el que pueden expresar oralmente, además de las causales de incompetencia, impedimentos y recusaciones, hipótesis de **nulidad**, si las hubiere, momento que precede al de las observaciones al escrito de acusación, que se gesta al inicio de la audiencia de formulación de acusación, eso, entre otros actos procesales.

Debe decirse con todo, que las posibilidades de las partes en la proposición de nulidades en ese estadio procesal son limitadas y tienen como norte enderezar el trámite del proceso: tiene la audiencia de formulación de acusación el objetivo de sanear el proceso en relación con el juez, en aras de salvaguardar que sea el funcionario el natural e imparcial para la causa, como con la estructura procesal, para que se verifique la satisfacción de los elementos fundamentales del escrito de acusación de que trata el artículo 337 ibídem, en tanto ese acto de parte es presupuesto impensable para la activación del juicio y a la postre para la construcción de la sentencia.

Ergo, las nulidades que pueden formularse se circunscriben a las probables irregularidades que afectan la estructura del proceso a partir del cuestionamiento de alguno de los elementos constitutivos del escrito de acusación³; se refiere entonces a aspectos procesales precedentes que pueden estar manchados de nulidad por afectación al debido proceso y que sirven de soporte a la pretensión acusatoria de la Fiscalía. En efecto, así lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia; veamos:

"Por manera que el alcance de aquella alusión apunta a que aspectos previos que confluyeron a la construcción del escrito acusatorio pueden estar viciados de nulidad, pero no el escrito mismo, conclusión que se ratifica cuando con posterioridad la Corte ha insistido en que en la audiencia de formulación acusatoria puede postularse la invalidación de lo actuado, por ejemplo en la fase de investigación previa (sentencia del 25 de agosto de 2010, radicado 32.865).

Si ello sucede, esto es, si se decreta la nulidad de la actuación previa al escrito de acusación, surge evidente que este queda sin piso, pues un requisito necesario para que el Fiscal pueda impulsar un juicio con ese documento es que la actuación previa, como la formulación de imputación, se haya cumplido con el respeto irrestricto a las formas propias de un proceso como es debido.

Cabe precisar que la invalidación de que se trata no puede obedecer al acopio ilegal de elementos de prueba, como que en tal supuesto la queja, que debe presentarse en la instancia procesal oportuna, debe apuntar al cuestionamiento de la prueba misma, sin que las irregularidades cometidas en el recaudo de esta necesariamente afecten de nulidad el procedimiento.

En ese contexto, las nulidades de que se trata se quedarían para supuestos tales como, por vía de simples ejemplos, que no se llevó a cabo la audiencia de formulación de imputación, o que no se vinculó legalmente al sindicado, bien en forma presencial en la audiencia de imputación o por contumacia, o que no existe escrito acusatorio.⁴ (Negrillas fuera del texto original).

En ese marco sí resulta dable, y no es extraño, que en la audiencia de formulación de acusación pueden esbozarse nulidades acontecidas en la fase investigativa, pues allí han de desentrañarse toda serie de aspectos procesales que anteceden la concreción de la actividad acusatoria de la Fiscalía, hecha la precisión que refieran ellas a la estructura del proceso como acabó de ser relatado. Siendo ello así quedan por fuera de ese perímetro los posibles vicios de que pudieran sufrir los medios de convicción engendrados en la fase preliminar del proceso penal y que continúan su camino en la etapa más avanzada, porque no son propiamente tópicos relativos a la estructura del proceso penal; a la luz de la jurisprudencia constitucional⁵ que ha sido acogida por la ordinaria tal generalidad tiene una excepción, cual es que en tratándose de pruebas que han sido obtenidas mediante tortura, desaparición forzada y ejecución extrajudicial, dado que apareja ello la perpetración de punibles de lesa humanidad, el efecto de dicha ilicitud sea la nulidad –y su exclusión– del proceso, que le transmiten un vicio de carácter insubsanable.

³ CSJ SP, 24 ago 2009, Rad. 31.900

⁴ CSJ SP, 21 mar 2012, Rad. 38256.

⁵ C-591 de 2005.

A diferencia de ese evento particular, la vulneración de garantías en un proceso investigativo desemboca, según su entidad, en la exclusión de los productos de dicho acto y los de que él se deriven -dejando a salvo las excepciones relativas al descubrimiento inevitable, la fuente independiente y el vínculo atenuado-, al paralelo de que el estadio procesal oportuno para debatir la legalidad de tales procedimientos, es en primera medida las audiencias preliminares ante los jueces de control de garantías, y más allá, la audiencia preparatoria ante juez de conocimiento, así se haya refutado su legitimidad en las diligencias primigenias.

Se desprende que por la naturaleza de la invalidación de que trata el artículo 339 del Código de Procedimiento Penal, y como será abordado adelante, por los ámbitos procesales propicios para tal finalidad, la nulidad no puede obedecer a materias relativas a la recopilación de los elementos de prueba; de las citas arrimadas las amonestaciones en ese respecto, que apuntan a contender la “prueba” misma en la fase de juzgamiento, se deben trazar en la audiencia preparatoria, porque los vicios predicables de la aducción probatoria no implican la invalidación de lo actuado; su ineficacia se predica de la prueba misma y sus efectos habrán de ser soportados en el ámbito de las pretensiones probatorias del sujeto procesal interesado⁶.

Ello encuentra razón de ser pues se trata de salvaguardar al máximo la imparcialidad del juez, en punto a que se encuentre lo menos informado posible de las incidencias de las labores de investigación, para lo cual lo atinente al tema de garantías esté presidido por el juez que ejerce esa función, mientras que el que ejecuta la de conocimiento realice su labor sin estar atado a informaciones y discusiones previas que reflejan las posiciones procesales de las partes.

Es preciso reiterarlo, el examen que en el paraje de las nulidades permite ventilar el artículo 339 del estatuto procedimental penal es formal, excluye ello que el juez de conocimiento en esa sede pueda verificar la legalidad o alcance de los elementos materiales probatorios, evidencia física o informes allegados por la Fiscalía, comoquiera que en principio el funcionario que vela por la investigación no se le demanda allegar efectivamente esos medios de conocimiento, sino relacionarlos e identificarlos.

“No procede, entonces, que al amparo de una solicitud de nulidad, el juez de conocimiento se adentre en el estudio de unos medios de convicción que ni siquiera han sido legalmente incorporados al proceso –ello sucede en el juicio oral-, con el fin de que se pronuncia acerca de la existencia de una causal de ausencia de responsabilidad o sobre la atipicidad de la conducta denunciada.

La audiencia de formulación de acusación, como bien lo señaló el fiscal del caso al oponerse a la petición invalidatoria, no es el escenario adecuado para ventilar ese tipo de situaciones, lo cual parece desconocer el juez investigado.

(...)

Ese acto de acusación, en la legislación colombiana, opera complejo, como reiteradamente lo ha sostenido la Sala, pues, demanda, a manera de requisito de validez, que previo a la celebración de la audiencia de formulación de acusación, se presente por la Fiscalía un escrito de acusación que contenga aspectos básicos referidos a las partes, la delimitación fáctica de lo ocurrido, así como su denominación jurídica, y el anexo que contiene la relación completa e identificación de los elementos materiales probatorios, evidencia física e informes que ha recolectado en su labor investigativa la Fiscalía.

Por ello, el examen permitido adelantar al juez de conocimiento en Colombia opera apenas formal, sin que sea viable que verifique aspectos tales como la contundencia de las pruebas, su legalidad o las posibilidades de que se pueda obtener condena.

⁶ CSJ SP, 25 ago 2010, Rad. 32.865.

(...)

En este orden de ideas, puede advertirse que el acusado impugnante no denuncia irregularidad alguna, ni cuestiona formalmente el escrito de acusación, sino que limita su alegación a controvertir el soporte probatorio tenido en cuenta por el fiscal para formular la imputación y sustentar, por ahora, la acusación.”⁷ (Negrillas no son originales)

Arriba necesario recabar que la estructura acusatoria y adversarial del proceso penal comprende escenarios diferentes que lo componen, en materia probatoria uno de ellos es la audiencia preparatoria en la que los sujetos procesales pueden solicitar al juez la exclusión –en tratándose de la prueba ilícita e ilegal-, el rechazo –como sanción a la falta de descubrimiento de los elementos suasorios y a los actos manifiestamente inconducentes, impertinentes o superfluos al tenor del artículo 346- o la inadmisibilidad –cuando el medio de prueba es impertinente, inconducente o inútil según el artículo 359-⁸, de los medios de conocimiento que devengan impertinentes, inútiles, repetitivos, ilegales y obtenidos con violación de los requisitos formales y de las garantías fundamentales, lo que traduce un procedimiento de depuración probatoria que persigue que al juicio oral, público y concentrado llegue saneado toda discusión en esos tópicos de manera definitiva y allí se practiquen las pruebas que han sido decretadas. Por la claridad ofrecida es oportuno transcribir lo siguiente:

*“Bajo esta perspectiva, el legislador dispuso en los artículos 356, 357, 358, 359, 360 y 362 del referido compendio normativo, un procedimiento de depuración probatoria que debe llevarse a cabo en la audiencia preparatoria, en el cual las partes (Fiscalía y defensa) e intervinientes procesales (Ministerio Público y víctima) **a más de dirigir sus solicitudes a la admisión de las evidencias que pretenden sean sometidas a contradicción en la audiencia de juicio oral, peticionan la exclusión, rechazo e inadmisibilidad de las postuladas por su contradictor, en este último evento, ya sea por considerarlas impertinentes, inútiles, repetitivas o por estar encaminadas a probar hechos notorios**”⁹.*

*De esa forma, el ritual de la audiencia se desarrollará entre la solicitud de pruebas que hagan las partes en orden a demostrar sus pretensiones; las cuales deben reunir tres exigencias para considerárseles admisibles: (i) que se refieran directa o indirectamente a los hechos de la acusación – pertinencia-; (ii) que se requieran para el juicio oral – utilidad- , y (iii) **resulten legalmente obtenidas o recolectadas**.”¹⁰ (Negrillas fuera del texto original)*

Como ha podido ser anticipado la petición bosquejada por el togado recurrente es infructuosa, concentró él sus esfuerzos argumentativos para dar cuenta de un vicio en el proceso, según fue delatado en la solicitud inicial, en que de un lado, la Fiscalía no convocó a interrogatorio al indiciado cuando éste hubo de acercarse a esa autoridad con la disposición de colaborar con la causa ni ordenó un reconocimiento en fila de personas, frente a lo cual, por la evidente inocuidad de esas alegaciones basta por señalar que ni las partes ni la Judicatura pueden objetar el programa metodológico de esa entidad como irrefutable acto de parte que es.

De otro, en que Policía Judicial procedió a efectuar un reconocimiento fotográfico sin previa orden del funcionario fiscal con participación del procesado, pero sin asistencia de su defensor, así como a tomarle una declaración jurada sin el lleno de los requisitos legales, premisa que sin duda va dirigida a atacar la legalidad y licitud de esos medios de prueba, de lo que pretende desprenderse un motivo de nulidad procesal en sede de la audiencia de formulación de acusación, donde las nulidades que legalmente se ventilan no son de esa estirpe; la ilegitimidad de un medio de convicción se confronta en la audiencia preparatoria que aún no ha sido celebrada.

Ahora, en el recurso el disidente intentó ampliar las alegaciones de nulidad aduciendo que las víctimas que convergieron en el reconocimiento fotográfico no relacionaron los rasgos físicos característicos de su poderdante en desconocimiento de lo previsto en el artículo 252 de la Ley 906 de 2004, además de insistir en las postulaciones precedentemente anotadas, habrá de decirse, con el mismo destino precavido arriba, que las mismas son inoportunas.

⁷ CSJ SP, 27 jun 2012, Rad. 39.296.

⁸ CSJ SP, 24 ago 2016, Rad. 48.573.

⁹ En ese mismo sentido: CSJ, 22 jun 2011, Rad. 36611; CSJ SP, 26 feb 2014, Rad. 43176; CSJ 13 jun 2012, Rad. 36562; y CSJ SP, 8 may 2014, Rad. 43481.

¹⁰ CSJ SP, 16 mar 2016, Rad. 46.676.

Pero aunó que con fundamento en esos elementos ilegal e ilícitamente recogidos el ente instructor había formulado la imputación y ahora pretendía realizar la acusación, frente a la posibilidad de que el encausado con ellos pudiera ser condenado; la novedad de esas disertaciones no pueden tener salida disímil a no ser acogidas por las siguientes adicionales razones: **(i)** se adelanta el censor a un resultado que a estas alturas procesales es ciertamente incierto, el cual penderá del desarrollo de la audiencia preparatoria primeramente, donde las reprimendas a los elementos de prueba podrán enarbolarse por aquel, y entreteje además materias vertidas sobre la responsabilidad penal que allí no se tocan; **(ii)** más antes, la tarea de comunicación como vinculación formal al proceso a través de la formulación de imputación, a su vez como mero acto de parte, no puede ser rebatida allí por nadie, luego, si la Fiscalía en ejercicio de sus facultades legales tuvo a bien emprender la acción penal no ha de impugnarse censura en ese respecto; y, **(iii)** como sea, para ese acto procesal el encartado estuvo asistido de quien hoy agencia sus derechos como profesional y quien logró evitar que una medida de aseguramiento le fuera impuesta, por manera que las garantía de defensa y contradicción le fueron respetadas y materializadas.

Bajo otras circunstancias, por la postura tan desacertada del recurrente, la Judicatura amén de las obligaciones correctivas que están estatuidas en el artículo 139 del Código de Procedimiento Penal hubiese rechazado de plano la solicitud para evitar el entorpecimiento de la actuación, empero el presente recurso ha debido ser resuelto de fondo, habida cuenta que a diferencia de la concreción de las apreciaciones de la Fiscalía, el A quo, bien que arribó a un resultado correcto, vaciló en cierta medida en las razones predecesoras, que por su débil contundencia dieron pie al ejercicio impugnatorio del apelante.

No sobra por demás esgrimir que la solicitud de aquel togado no reunió las cualidades ni cumplió con las cargas que un pedido de nulidad, conforme fue descrito al principio, debe contener, que imponen los principios de este instituto, pues ni siquiera estrictamente ninguna irregularidad hubo de denunciar ni especificar cuál acto debía ser afectado con la invalidez.

Al amparo de aquella proposición, pero en lo fundamental en tanto el alegado motivo de nulidad es ajeno a las temáticas que se tratan al comienzo de la audiencia de formulación de acusación que pueden enervar la invalidez de una actuación, es que habrá de confirmarse la providencia objeto de la alzada.

Decisión

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, en Sala de Decisión Penal,

Resuelve.

Primero.- Confirmar la providencia objeto de impugnación.

Regrese la actuación al Despacho de origen para lo de su cargo.

Se notifica en estrados y se hace saber que contra esta decisión no procede recurso alguno.

CÓPIESE Y CÚMPLASE,

FRANCO SOLARTE PORTILLA

Magistrado

BLANCA LIDIA ARELLANO MORENO

Magistrada

SILVIO CASTRILLÓN PAZ

Magistrado

JUAN CARLOS ÁLVAREZ LÓPEZ

Secretario

PREACUERDOS – CONTROL MATERIAL: Estos obligan al juez de conocimiento, salvo vulneración de garantías fundamentales. / **SUSPENSIÓN CONDICIONAL DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA – Normatividad Aplicable.** / **SUSPENSIÓN CONDICIONAL DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA – Su otorgamiento se puede pactar.** / **PREACUERDOS - SUSPENSIÓN CONDICIONAL DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA:** Conforme las normas aplicables, al ser objeto de acuerdo, no aplica la prohibición legal de su concesión al estar el delito por el cual se procede excluido de tal beneficio – Hay lugar a aprobar el convenio, al encontrarse conforme al Principio de Legalidad, en tanto se encuentra permitida la rebaja de pena por la degradación de las conductas punibles de consumadas a tentadas, la determinación del monto de la sanción y la concesión de la suspensión condicional de la ejecución de la pena; en lo referente a este último punto, teniendo en cuenta las normas aplicables al caso, conforme la fecha en que los hechos acaecieron, verificándose que se cumple con el presupuesto objetivo de acuerdo con el originario artículo 63 de la Ley 599 de 2000, no siendo posible el examen del aspecto subjetivo, en tanto se ha suscrito un preacuerdo, tema que pertenece a las esferas funcionales excluyentes de la Fiscalía; y en razón del mismo acuerdo no opera la prohibición del artículo 68 A del C.P. por la naturaleza de los delitos investigados, según lo regulado en el art. 13 de la Ley 1474 de 2011; sin que sea aplicable lo dispuesto sobre este tópico por la Ley 1709 de 2014, al ser abiertamente desfavorable para los intereses judiciales del acusado./

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO
JUDICIAL DE PASTO
SALA DE DECISIÓN PENAL**

Magistrado Ponente: Franco Solarte Portilla

Asunto	:	Auto que decide sobre la legalidad de un preacuerdo
Delitos	:	Cohecho propio y prevaricato por acción
Acusado	:	FJFR
Radicación	:	2015-00186 N.I. 14869
Aprobación	:	Acta N° 2016-00162 (octubre 24 de 2016)

San Juan de Pasto, nueve de noviembre de dos mil dieciséis

Objeto del pronunciamiento

Resuelve la Sala sobre la legalidad del preacuerdo presentado por las partes al inicio de la audiencia preparatoria en el presente asunto seguido en contra de FJFR, acusado por la Fiscalía de la comisión como autor de los delitos de cohecho propio y prevaricato por acción. Una vez verbalizados los términos del pacto en audiencia, todos los sujetos procesales al unísono abogaron porque se le otorgue aprobación.

Consideraciones

Decantado está que los preacuerdos, desde la óptica eminentemente jurídica, se erigen como figuras procesales propias del sistema de investigación y juzgamiento penal de tendencia acusatoria, que sirven de fundamento para que las partes entrabadas en la Litis penal converjan sus voluntades hacia el propósito de dar por concluida de forma anticipada la contención, renunciando en consenso al rito ordinario del juicio oral establecido en el ordenamiento.

Pero también dicho instituto hunde raíces en la intención de propugnar por el desarrollo de profundos sentimientos humanos, anejos a la dignidad de las personas, piedra angular del Estado social de derecho, porque al margen de

la posibilidad de un ahorro eficiente de esfuerzos judiciales -que es real y que por eso se premia con sustanciales alivios punitivos- lo cierto es que mediante su aplicación se permite a los protagonistas en el litigio participar voluntariamente en su solución; se atenúa el rigor del andar en el sinuoso camino de un proceso penal; y, además, se propicia la posibilidad de un reencuentro entre víctima y victimario, restañar las heridas producidas por el delito e incluso repararlas, abriendo puertas hacia una posible reconciliación. Es lo que sin equívocos se extrae del texto del artículo 348 de la Ley 906 de 2004.

Deviene indiscutible que merced a las inocultables bondades de sus fines, es que el desarrollo jurisprudencial respecto a los preacuerdos se ha encaminado enfáticamente a superar barreras interpretativas que puedan limitar su ejercicio, consolidándose de tal modo una línea de pensamiento que en su esencia permite una amplia gama de posibilidades a las que Fiscalía y acusado o imputado puedan acudir, que van desde el pacto relacionado con una lisa rebaja de pena, hasta negociaciones que tocan con los hechos y sus consecuencias (artículo 351 inciso 2º), los términos de la imputación como eliminar de la acusación alguna causal de agravación punitiva e incluso lo atinente a la mismísima tipificación de la conducta (artículo 350).

La jurisprudencia ha dicho que dentro de ese prolijo abanico de posibilidades pasivas de ser negociadas, están:

“El grado de participación, la lesión no justificada a un bien jurídico tutelado, una específica modalidad delictiva respecto de la conducta ejecutada, su forma de culpabilidad y las situaciones que para el caso den lugar a una pena menor, la sanción a imponer, los excesos en las causales de responsabilidad a que se refieren los numerales 3, 4, 5, 6 y 7 del artículo 32 del C.P., los errores a que se refieren los numerales 10 y 12 de la citada disposición, las circunstancias de marginalidad, ignorancia o pobreza extremas (artículo 56), la ira e intenso dolor (artículo 57), la comunicabilidad de circunstancias (artículo 62), la eliminación de causales genéricas o específicas de agravación y conductas post delictuales con incidencia en los extremos punitivos (...)”¹.

Ahora bien, la estructura procesal hoy en vigor dispuso que la legalidad de los susodichos pactos deben pasar por el tamiz de la Judicatura, más por expresa disposición del inciso 4º del artículo 351 del Código de Procedimiento Penal “[l]os preacuerdos celebrados entre fiscalía y acusado obligan al juez de conocimiento, salvo que ellos desconozcan o quebranten las garantías fundamentales”.

En tal sentido claro es que los jueces de conocimiento, en principio se limitarán a hacer control formal de los preacuerdos y solamente podrán improbarlos cuando descubran la existencia de causas relacionadas con vicios de la voluntad del confeso, ya sea por presión o engaño o exista por parte de la Fiscalía un ofrecimiento plural de beneficios; pero eventualmente harán revisión material del convenio, cuando de manera palmaria y grosera se haya vulnerado el principio de legalidad, que se daría, verbigracia, frente a una inconcebible afrenta a la garantía constitucional de la tipicidad estricta².

Los términos de lo que aquí las partes convinieron son claros y concretos: a cambio de la aceptación libre, voluntaria y suficientemente enterada, el acusado FJFR recibe por parte de la Fiscalía el ofrecimiento como único beneficio, de los lenitivos de pena que se derivan de considerar las conductas a aquél enrostradas de cohecho propio y prevaricato por acción, degradadas de consumadas a tentadas, en específico respecto a lo previsto en el artículo 27 inciso 2º del Código Penal según el cual cuando “la conducta punible no se consuma por circunstancias ajenas a la voluntad del autor o partícipe incurrirá en pena no menor de la tercera parte del mínimo ni mayor de las dos terceras partes del máximo de la señalada para su consumación, si voluntariamente ha realizado todos los esfuerzos para impedirla”.

¹ CSJ SP, 20 nov 2013, Rad. 41.570.

² En providencia del 9 de diciembre de 2014 el Tribunal hizo un estudio sobre la línea jurisprudencial de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, hasta llegar a concebir, a manera de conclusión, que en la actualidad esa alta Corporación acepta en eventos muy excepcionales el control judicial material a los preacuerdos, cuando descubra flagrante afrenta al principio de tipicidad. Allí se trajo a colación como soporte las siguientes sentencias donde se consolida ese pensamiento: 73555 del 20 de mayo de 2014 y 39892 del 6 de febrero de 2014. Luego de ellas la Corte emitió en igual sentido las sentencias números, 40871 del 16 de julio de 2014 y 43436 del 28 de octubre de 2015.

Producto de lo anterior, las partes pactaron el monto de pena a irrogar, para lo cual partieron del delito con mayor monto sancionatorio (previsto entre 80 y 144 meses de prisión), a cuyo rango inferior se le aplicó el ejercicio de dosificación previsto en el ya aludido texto del inciso 2º del artículo 27 Sustancial, quedando 26.6 meses de prisión, a los que, *"dada la gravedad del hecho y la condición de fiscal del acusado"*, se hizo un incremento a 30 meses y, finalmente, adicionar 6 meses en razón del concurso de conductas punibles a voces del artículo 31 ibídem, quedando acordado en definitiva la imposición para el procesado de 36 meses de prisión. Por igual término acordaron la accesoria de inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas.

También fue convenida la concesión del subrogado de la ejecución condicional de la pena previsto en el artículo 63 del Código Penal *"vigente al momento de la comisión de los hechos (mes de julio de 2012), es decir, con la modificación introducida por la Ley 1474 de 2011, sin que le sea aplicable por ser perjudicial la reforma contenida en la Ley 1709 de 2014"*.

Para afianzar la legalidad de esto último se adujo que el monto de la pena señalado permite dar por cumplido el requisito objetivo, pero además *"como le sería aplicable la prohibición del artículo 68 A del C. Penal, procede el subrogado en virtud del preacuerdo, como lo ha señalado la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia entre otras decisiones en los siguientes radicados: 41.570 de fecha 20/11/2013, MP Dr. Fernando Alberto Castro Caballero; 79.041 de fecha 16/04/2015; Sala de tutelas (sic) Corte Suprema de Justicia, MP Eider Patiño Cabrera; y, la sentencia del Tribunal Superior de Pasto 012, radicación 520016000485200900093, NI, 9787, MP Silvio Castrillón Paz del 22/09/2015, en el que se recoge los pronunciamientos de la Corte mencionados"*. Fue transcrita la totalidad del texto del artículo 68 A citado, destacando lo descrito en su inciso 3º.

Finalmente, en el acta de preacuerdo quedó plasmado el cumplimiento de lo estatuido en el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, merced a que se arrió documento en el que la señora NCBL manifiesta *"estar de acuerdo con la indemnización recibida por parte del doctor F"*, de quien se proclama haber logrado incremento patrimonial injustificado en el contexto de los hechos.

Corresponde entonces a la Sala verificar paso a paso los términos del referido preacuerdo, con el fin de impartirle o no la aprobación judicial reclamada.

Lo primero que debe señalarse es que luego del interrogatorio directo que se hizo al acusado en la audiencia, quedó la convicción sobre la ausencia de vicios que hubiesen podido alterar su libertad y conciencia de decisión en torno a un punto de medular importancia, como es el de decidir su suerte jurídica con la admisión de los cargos penales que la Fiscalía le enrostró. A viva voz dijo conocer acerca de las implicaciones jurídicas derivadas de su confesión, renunciando expresamente a su derecho de no autoincriminación, de debatir en juicio oral, público y concentrado su responsabilidad penal y sabiendo de antemano que la sentencia que devendrá en su contra será condenatoria.

De otro lado, dígase de una vez, para zanjar cualquier discusión al respecto, que se cuenta con un documento que conserva presunción legal, en donde se ha consignado la información por parte de la persona señalada de haber propiciado en los hechos incremento económico injustificado para el doctor F, con lo que se cumple asimismo con la exigencia normativa del artículo 349 de la Ley 906 de 2004.

Tampoco hay reparo en cuanto dice relación con la rebaja punitiva ofrecida por el delegado del ente instructor. Tal lenitivo deviene de la potestad funcional otorgada al fiscal para que *"tipifique la conducta dentro de su alegación conclusiva, de una forma específica con miras a disminuir la pena"*, según las voces del numeral 2º del artículo 350 del Código de Procedimiento Penal. Ya la jurisprudencia nacional se ha encargado de esclarecer cómo resulta jurídicamente válido, a la luz de la mentada norma, que las partes puedan incluir las consecuencia punitivas previstas en la figura de la tentativa como fundamento que posibilite la celebración de un preacuerdo³.

Huelga mencionar que la determinación consensuada del monto de pena a irrogar también es facultad legalmente permitida, sin que deba acudir al sistema de cuartos, según así lo dispuso el artículo 3º de la Ley 890 de 2014

³ CSJ SP, 20 nov 2013, Rad. 41570

con lo que se releva a la Judicatura de imponerla en la sentencia. Para el caso que nos ocupa, Fiscalía y procesado con asistencia éste de su defensor pactaron una sanción definitiva de 36 meses de prisión, la que se encuentra dentro de los rangos legales establecidos, luego de las correctas operaciones dosificadoras que según acta se realizaron.

Particular detenimiento en el examen, eso sí, amerita lo concerniente a la concesión del subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena. Dígase en principio que dentro de las posibilidades jurídicamente procedentes de convenio en los preacuerdos está precisamente el relacionado con el otorgamiento de mecanismos alternativos de purga de la sanción, distintos a la reclusión en intramuros; es más, la jurisprudencia ha visto como deseable que ello ocurra, como se desprende de los siguientes apartes:

"Ahora bien, atinente al instituto de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, su otorgamiento, como se señala expresamente en la jurisprudencia citada por el Tribunal, efectivamente puede ser preacordado por las partes.

Y ello es apenas natural, e incluso deseable, acota la Corte, pues, para evitar innecesarias discusiones o prolongación del trámite procesal por la vía de las impugnaciones –recuérdese que aún en los casos de allanamiento o preacuerdos es factible acudir al mecanismo impugnatorio para discutir el monto de la pena o la negativa de subrogados-, que incluso tornan más dispendioso el proceso, al punto de eliminar por este camino lo que se obtuvo con la aceptación previa de responsabilidad penal, lo ideal es que entre las partes se acuerden previamente también esas cuestiones si se quiere accesorias"⁴.

Sin embargo resulta necesario dilucidar si por las especiales circunstancias que rodean al presente caso, no existe oposición legal que impida la materialización del aludido beneficio para el acusado. Para establecerlo con la necesaria corrección, se impone remarcar un aspecto que luce trascendental, como que, dígase de una vez, refulge la existencia expresa de una prohibición legal en razón a la naturaleza del delito, vale decir, el legislador impuso en el parágrafo 2º del artículo 68 A del Código Penal la decisión de incluir, entre otros muchos, a quienes cometieron delitos contra la administración pública como aquellos que no pueden ser beneficiarios de sucedáneos tales como el que ahora nos ocupa.

La respuesta a la precedente inquietud no emerge simple ni instantánea, pues acude una diversidad de supuestos fácticos y jurídicos que no pueden ser soslayados. Lo primero que impera connotar es lo relacionado con la fecha en que los hechos acaecieron, dato de vital importancia porque, verificado el tránsito de legislaciones, nos permitirá identificar como primera medida qué normatividad legal es la aplicable para el caso.

Vemos entonces que, según el relato de la acusación hecha por la Fiscalía, los comportamientos enrostrados como constitutivos de cohecho propio y prevaricato por acción fueron perpetrados por el doctor FJF el día 5 de julio de 2012. Ahora, como lo que está en análisis es la procedencia de conceder o no en su favor el subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, corresponde revisar el contenido de la disposición que regula tal figura, encontrando que para ese entonces se hallaba en vigor el artículo 63 del Código Penal de la Ley 599 de 2.000, con este tenor:

"Suspensión Condicional de la Ejecución de la Pena. La ejecución de la pena privativa de la libertad impuesta en sentencia de primera, segunda o única instancia, se suspenderá por un periodo de dos (2) a cinco (5) años, de oficio o a petición del interesado, siempre que concurran los siguientes requisitos:

1. Que la pena impuesta sea de prisión que no exceda de tres (3) años.
2. Que los antecedentes personales, sociales y familiares del sentenciado, así como la modalidad y gravedad de la conducta punible sean indicativos de que no existe la necesidad de la ejecución de la pena.

⁴ CSJ SP, 7 mayo 2014, Rad. 43523.

La suspensión de la ejecución de la pena privativa de la libertad no será extensiva a la responsabilidad civil derivada de la conducta punible.

Su concesión estará supeditada al pago total de la multa

El juez podrá exigir el cumplimiento de las penas no privativas de la libertad concurrentes con ésta. En todo caso cuando se trate de lo dispuesto en el inciso final de la Constitución Política, se exigirá su cumplimiento”.

Importa referir que el canon 63 acabado de reproducir vino a ser modificado por el artículo 29 de la Ley 1709 de 2014, que no por la Ley 1474 de 2011 como lo dijo el señor Fiscal, con un texto actual que reza:

“Suspensión de la ejecución de la pena. *La ejecución de la pena privativa de la libertad impuesta en sentencia de primera, segunda o única instancia, se suspenderá por un periodo de dos (2) a cinco (5) años, de oficio o a petición del interesado, siempre que concurren los siguientes requisitos:*

- 1. Que la pena impuesta sea de prisión que no exceda de cuatro (4) años.*
- 2. Si la persona carece de antecedentes penales y no se trata de uno de los delitos contenidos en el inciso 2º del artículo 68 A de la Ley 599 de 2000, el juez de conocimiento concederá la medida con base solamente en el requisito objetivo señalado en el numeral 1º de este artículo.*
- 3. Si la persona condenada tiene antecedentes penales por delito doloso dentro de los cinco (5) años anteriores, el juez podrá conceder la medida cuando los antecedentes personales, sociales y familiares del sentenciado sean indicativos de que no existe necesidad de ejecución de la pena.*

La suspensión de la ejecución de la pena privativa de la libertad no será extensiva a la responsabilidad civil de la conducta punible.

El juez podrá exigir el cumplimiento de las penas no privativas de la libertad accesorias a ésta. En todo caso cuando se trate de lo dispuesto en el inciso final del artículo 122 de la Constitución Política se exigirá su cumplimiento”.

Oportuno es connotar que del artículo 29 Constitucional emerge la regla general de conformidad con la cual la ley a aplicar es aquella que se encuentra en vigor al momento de la ocurrencia de los hechos con relevancia jurídica y que la excepción la constituye la verificación del principio de favorabilidad, el que impone aplicación preferente de una norma en tránsito que contenga elementos beneficiosos para el sujeto pasivo de la acción penal⁵.

Bajo ese entendimiento para este caso en específico, categóricamente debe señalarse que el originario artículo 63 de la Ley 599 de 2000 es el canon legal llamado a regular el tema en examen, sin que haya lugar a pensar en que la reforma introducida por el artículo 29 de la Ley 1709 deba ser aplicada. Ello es así, porque si bien el numeral 1º de la susodicha disposición elevó con visos eminentemente benéficos para los procesados el monto de la pena pasible de recibir la gracia del referido subrogado, de 3 a 4 años de prisión, empero en el numeral 2º incluyó el legislador una condición adicional que resulta claramente perjudicial, como que sienta la prohibición de conceder el sucedáneo a condenados por listado de delitos, entre ellos los que han atentado contra el interés jurídico de la administración pública, según el artículo 68 A *ibídem*.

En la misma dirección se ha pronunciado la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, al sostener que:

“A partir de la expedición de la Ley 1709 del 20 de enero de 2014, a través de la cual se modificó el artículo 63 del Código Penal, la procedencia de este instituto quedó condicionada a que la pena de

⁵ El artículo 29 de la Constitución Política en lo pertinente reza: “Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

prisión no exceda de 4 años, norma que a pesar de ser más benéfica para el procesado, no resulta aplicable en este caso por virtud del principio de favorabilidad, habida cuenta de que si bien es cierto el anterior precepto exigía una pena a imponer que no exceda de tres (3) años, el artículo 23 de la citada normatividad excluyó la posibilidad de conceder este tipo de sustitutos en los casos de delitos contra la administración pública”⁶.

Tal postura se afianza con la imposibilidad de considerar la aplicación de la llamada *lex tertia*⁷.

Importante es remarcar para el servicio del análisis que está haciendo la Sala, que el primigenio artículo 63 “se trata de una norma que podría catalogarse de autónoma, en tanto su aplicación no depende de otra, como aquellas en las que están ausentes los elementos que las predisponen para regular un caso concreto y, por esas falencias, hacen remisión a las que sí contienen los supuestos suficientes para operar”⁸, autonomía que, a juzgar por los contenidos atrás reproducidos, desapareció con la reforma de la Ley 1709, porque a partir de su vigencia el artículo 63 se convirtió en norma legal de reenvío, en tanto tributaria de otra, no procede su aplicación si no se verifica el cumplimiento de lo dispuesto en el inciso 2º del artículo 68 A ya mencionado.

Decantado entonces que es el original artículo 63 Sustancial el llamado a regular el presente asunto, sigue verificar si la concesión del subrogado de la ejecución de la pena ofrecido por la Fiscalía al procesado resulta procedente, atendiendo las condiciones legales en aquella norma previstas.

Vemos de entrada que el llamado requisito objetivo previsto en el numeral 1º se cumple, comoquiera que la pena pactada es de 36 meses de prisión. Ahora, ateniéndonos al pensamiento jurisprudencial que se ha encargado de estudiar el tema, vedado está a esta Corporación incursionar en el examen del aspecto subjetivo reclamado por la ley para la concesión del citado beneficio, en tanto estamos en presencia de un preacuerdo, por cuanto, se ha sostenido, es ese un tema que pertenece a las esferas funcionales excluyentes de la Fiscalía, bajo el entendido de que se trata de un tópico afín al conocimiento particular que el delegado del ente instructor tiene, consolidado por virtud de la inmediatez con las intimidades del asunto que viene manejando.

Esto es lo que se ha expuesto:

“Entiende la Corte que el presupuesto de legalidad se cumple si efectivamente el tope de pena consagrado en la norma citada es respetado, pues, respecto del requisito subjetivo establecido en el numeral segundo de la misma, perfectamente caben lucubraciones particulares, referidas específicamente a las circunstancias individuales del delito y la persona a quien se atribuye, que refieran a la modalidad del delito o la necesidad concreta de pena, factores pasibles de negociación por el Fiscal, conforme las necesidades que el caso concreto comporte.

No puede perderse de vista que ya de antemano en el numeral primero del artículo 63 del C.P., (previo a su modificación por la Ley 1709 de 2014, aclara la Corte) el legislador establece la prohibición de otorgar el subrogado a penas superiores a los tres años, asunto que no es pasible de discusión o análisis.

Pero ello no sucede con los factores referidos a los antecedentes personales, familiares o sociales del sentenciado, así como a la gravedad y modalidad del delito, que por su esencia reclaman de análisis o examen subjetivo, incluso en su conjugación para definir si es o no necesario aplicar la pena.

Entonces, cuando el juez es desplazado y son las partes las que acuerdan efectivamente cubiertas las exigencias que tornan innecesaria la aplicación de la pena de prisión, simplemente se está reemplazando el relativo arbitrio judicial, como igual ocurre cuando en el preacuerdo se fija en concreto la sanción definitiva”⁹.

⁶ CSJ SP, 26 mayo 2014, Rad. 34282. En el mismo sentido: CSJ SP, 2 abril 2014, Rad. 43342 y CSJ SP, 30 jul 2014, Rad. 38262.

⁷ CSJ SP, 12 marzo 2014, Rad. 42623 y CSJ SP, 2 abril 2014, Rad. 43209.

⁸ CSJ SP, 20 nov 2014, Rad.41434.

⁹ CSJ SP, 7 mayo 2014, Rad. 43523.

Con lo dicho hasta ahora el pronóstico de legalidad respecto al punto de análisis es favorable; sin embargo, queda aún un escaño adicional por superar: precisamente lo concerniente a la prohibición expresa que el artículo 68 A del Código Penal hace, vigente a la fecha de los hechos, en cuanto no permite, entre otras, la concesión del subrogado de suspensión condicional de la pena para aquellos procesados por la comisión de delitos contra la administración pública, dentro de los cuales están incluidos, precisamente, los de cohecho propio y prevaricato por acción por los que fue acusado el doctor FR.

A juzgar por la intervenciones rendidas en audiencia, los sujetos procesales aunque conocen de la susodicha limitación, consideran empero que la misma es superable dando aplicación al parágrafo del varias veces referido artículo 68 A, cuyo texto será reproducido luego.

En el acta de preacuerdo sin vacilación se sostiene que el predicho parágrafo debe ser aplicado para este caso y dar en consecuencia vía libre al pacto suscrito entre las partes en lo que concierne a la concesión del citado subrogado, ya que para el tiempo de la ocurrencia de los fácticos dicha disposición se encontraba en vigor; pero se asegura además que respecto a su procedencia existe jurisprudencia que la avala, citando sendos pronunciamientos emitidos tanto por la Corte Suprema de Justicia en su Sala Penal, como también por el Tribunal de Pasto.

Con esa información nos remitimos a la fuente y encontramos que de las tres providencias referenciadas ninguna de ellas en puridad se ocupa del tema. Tanto la distinguida con el número interno 9787 del 22 de septiembre de 2015 emitida por esta Corporación, como la rotulada con el número 79041 del 16 de abril del mismo año proferida por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Tutelas, se encargaron de consolidar la procedencia legal de la prisión domiciliaria para quienes habían sido condenados por homicidio, en el primer caso, y por porte ilegal de armas, en el segundo, beneficio alcanzado gracias a los alivios punitivos derivados de un acuerdo en el que se degradó la participación de los procesados de autor a cómplice, asunto que, hay que advertirlo, no se discute aquí.

Tampoco en concreto el tercer precedente citado en el acta se refiere al punto que nos incumbe. La sentencia de casación del 20 de noviembre de 2013 y distinguida con el radicado 41570 se dedicó a dilucidar debates atinentes a la prohibida acumulación de beneficios en esta clase de convenios, empero si de destacar alguna utilidad de ese pronunciamiento se trata, ella radica en que la Corte otorgó validez jurídica al pacto en esa ocasión celebrado entre las partes relacionado con la concesión del sustituto de la prisión domiciliaria para un procesado a quien se le acusó por la comisión de un delito contra la administración pública, el de concusión, incluido como se sabe en el listado de prohibición del inciso 2º del artículo 68 A del Código Penal.

Estos son algunos apartes de la providencia al respecto:

"Igualmente, conforme a lo anteriormente expuesto, resultaba legalmente admisible que se pactara el otorgamiento de la prisión domiciliaria, por cuanto a más de encontrarse dentro del ámbito de los preacuerdos aquellas negociaciones referidas a la modificación de las condiciones para la ejecución de la pena privativa de la libertad, se comprende sin dificultad que con su reconocimiento en el sub judice no se vulnera la limitante consagrada en el inciso segundo del artículo 351 del C.P.P. (...).

De tal forma que un derecho premial, que admite acordar sobre todas la consecuencias de la aceptación de la imputación o acusación, no sólo de las penales sino también de las civiles y, entre aquellas, además de la cantidad de sanción también respecto de las condiciones para su ejecución, y que apoya su efectividad precisamente en el sistema de negociaciones porque de lo contrario colapsaría, no resultan tolerables las exclusiones generalizadas como las contempladas en la decisión proferida por el a quo, pues luego de hacer referencia a múltiples providencias de esta Sala y las "talanqueras" consagradas en los artículos 28 y 13 de las Leyes 1453 y 1474 de 2011 para el reconocimiento de "beneficios en los delitos contra la administración pública", afirma que el juez de conocimiento debe improbar los preacuerdos en los que advierta que el proceso penal se ha convertido en un "festín de regalías que desnaturalizan y desacreditan la función de administrar justicia", desestimando, de esa forma, conceder la prisión domiciliaria".

Pero al margen de esa apreciación, la Sala hizo por su cuenta un pormenorizado rastreo a la jurisprudencia vertical sin haber encontrado pronunciamiento específico sobre la aplicación del parágrafo del artículo 68 A ya varias veces

citado, norma de la cual se valen las partes para sentar fundamento de la legalidad a la concesión del subrogado en este caso. Lo que sí fue encontrado es la reiteración de la Corte Suprema de Justicia de descartar el sucedáneo para quienes han sido condenados por delitos contra la administración pública, precisando, eso sí, que para el caso de la suspensión de la ejecución de la pena tal prohibición opera por virtud de la remisión que el numeral 2º del artículo 63 modificado por el 29 de la Ley 1709 hace al inciso 2º del artículo 68 A del Código Penal¹⁰.

Pues bien, los siguientes son los resultados a los que la Sala arribó luego de su propio examen del caso:

Ya quedó confirmado en otro momento de esta providencia el cumplimiento para este asunto de las exigencias previstas en el originario artículo 63 del Código Penal, pero que quedaba por ver si el contenido del canon 68 A ibídem lo permitía. Para establecerlo oportuno es mencionar que tal disposición es una de las que más evolución ha tenido desde que fue introducida al ordenamiento jurídico penal por la Ley 1142 de 2007.

Emerge ostensible que el legislador para la creación de esta norma se inspiró en la idea según la cual se hacía necesario restringir toda suerte de beneficios administrativos y judiciales para quienes hayan cometido unos determinados delitos, dada su gravedad, creando una lista donde están incluidos los punibles atentatorios del bien jurídico de la administración pública, línea de pensamiento que se ha mantenido constante en el tiempo, con el incremento sistemático de ese listado, luego de la expedición de las Leyes 1453 y 1474 de 2011, 1709 de 2014 y la más reciente reforma hecha a través de la Ley 1773 de 2016.

Pero hay que advertir que asimismo como en tal decurso se encuentra palmariamente marcada una línea de política criminal de restricciones, también con la misma claridad y sin reservas el legislador dejó conocer su intención de resguardar algunas figuras jurídicas muy anejas al sistema penal acusatorio, sin que resulte forzado entender que así se obró dada la imperiosa necesidad de remover obstáculos para que los procesos penales puedan finiquitarse por la vía abreviada, porque desde el inicio se había advertido con contundencia que si todas las controversias de esa índole iban a definirse por la senda ordinaria del procedimiento, el nuevo sistema de investigación y juzgamiento fatalmente colapsaría.

No de otra forma se explica que el artículo 28 de la Ley 1453 de 2011 haya incluido en el primigenio artículo 68 A el siguiente párrafo, que valga precisar, fue respetado por el texto del artículo 13 de la Ley 1474 del mismo año:

“Párrafo. El inciso anterior no se aplicará respecto de sustitución de la detención preventiva y de la sustitución de la ejecución de la pena en los eventos contemplados en los numerales 2, 3, 4 y 5 del artículo 314 de la Ley 906 de 2004 ni en aquellos eventos en los cuales se aplique el principio de oportunidad, los preacuerdos y negociaciones y el allanamiento a cargos”. (Destaca y resalta la Sala).

Tal postura exceptiva se mantuvo hasta la expedición de la Ley 1709 de 2014, la que a través de su artículo 32 dispuso sustraer del ordenamiento jurídico la segunda parte del aludido párrafo. Tal discurrir legislativo deja entonces la siguiente convicción expuesta a manera de síntesis:

Por política criminal claramente establecida, con la creación y mantenimiento en el tiempo del contenido del artículo 68 A Sustancial, el legislador con fundamento en su poder de configuración, que no se discute, dispuso plasmar como dirección de política criminal de Estado, la prohibición de conceder, entre otros beneficios, el subrogado de la ejecución de la pena para los condenados por delitos inmersos en el inciso segundo del mentado canon legal, entre los que se encuentran los que atentan contra el bien jurídico de la administración pública; no obstante, a la anterior determinación que se erige como regla general le inscribió una excepción, cual es que tal limitación no aplica para los eventos en que, entre otras opciones, se ha suscrito por las partes un preacuerdo.

No huelga precisar aquí, que por manifestarse sobre el punto la Ley 1709 de 2014 con efectos abiertamente desfavorables para los intereses judiciales del acusado, dicha normativa no aplica para este caso, merced a que para

¹⁰ Ver entre otras las siguientes providencias: 41180 del 11 de junio de 2014, 34282 del 27 de octubre de 2014, 41434 del 20 de noviembre de 2014, 45634 del 29 de abril de 2015, 45366 del 5 de agosto de 2015, 44345 del 4 de febrero de 2015, 43524 del 28 de mayo de 2014, 44815 del 25 de febrero 2015, 44840 del 2 de diciembre de 2015, 46243 del 22 de junio de 2016.

el tiempo de los hechos la disposición legal vigente y que además demanda aplicación integral, es la contenida en el artículo 13 de la Ley 1474 de 2011, la que, se itera, aún contempla la expresa inaplicación del inciso 2º del artículo 68 A del Código Penal, lo que a su turno signa de validez la posibilidad de conceder para casos como el que ahora mismo nos ocupa, el subrogado previsto en el artículo 63 ibídem, en tanto tal beneficio se otorga por virtud de un preacuerdo celebrado entre las partes.

Sin más, entonces, persuadida la Sala de que el convenio puesto a su consideración supera el tamiz de legalidad, procederá a aprobarlo.

Decisión

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, en Sala de Decisión Penal,

Resuelve:

Aprobar el preacuerdo celebrado entre las partes en este asunto, atendiendo las consideraciones hechas en desarrollo de esta providencia.

En consecuencia de ello se dispone proseguir con el rito penal establecido, anunciando que la sentencia que ha de emitirse será condenatoria.

Se notifica en estrados y se hace saber que contra esta decisión proceden los recursos de ley.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

FRANCO SOLARTE PORTILLA

Magistrado

JOSÉ ANÍBAL MEJÍA CAMACHO

Magistrado

SILVIO CASTRILLÓN PAZ

Magistrado

MIGUEL ÁNGEL SÁNCHEZ ACOSTA

Secretario

PRUEBA DE REFERENCIA: La condena no puede basarse exclusivamente en este tipo de prueba. / **INDICIOS:** Complementan la prueba de referencia en orden a soportar una condena. / **SENTENCIA CONDENATORIA:** Convencimiento de la responsabilidad penal, más allá de toda duda - No obstante se determina que la prueba testimonial de cargo, constituye prueba de referencia respecto de la responsabilidad penal de los procesados, de su análisis en conjunto con múltiples indicios estructurados a partir de la misma, se logra llegar al conocimiento más allá de toda duda razonable, que los acusados fueron los responsables en calidad de coautores de los delitos endilgados; descartándose la hipótesis de que el fallo se fundamentó exclusivamente en prueba de referencia, en tanto ésta fue complementada con la prueba indiciaria, siendo que conforme el principio de libertad probatoria, el indicio es otro medio de prueba válido, mediante el cual se puede demostrar cualquiera de los elementos del delito o la responsabilidad del procesado./

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

SALA DE DECISIÓN PENAL

Magistrado Ponente: Dr. José Aníbal Mejía Camacho

Proceso N°: 5267860005312012800721-01
No. Interno : 9488
Conducta Punible: Homicidio Agravado - fabricación, tráfico y porte ilegal de armas de fuego de defensa personal
Acusado: CGCC
JSAG
Decisión: Sentencia confirma la recurrida
Aprobado: Acta N° 29 de diciembre de 2016

San Juan de Pasto, dieciocho de enero de dos mil diecisiete
(Hora: 08:30 a.m.)

I. OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

Debe ocuparse la Sala del recurso de apelación sustentado en el término previsto en el artículo 179 del Código de Procedimiento Penal, por el defensor de los enjuiciados CGC y JSAG, contra la sentencia de 19 de mayo de 2015, proferida por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Samaniego, mediante la cual, los condenó como coautores y responsables de las conductas punibles de: **homicidio agravado** en la persona de JAN y **fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego accesorios partes o municiones**, imponiéndoles en consecuencia, como pena principal 418 meses de prisión e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el término de 20 años. Les negó la concesión de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y el sustituto penal de la prisión domiciliaria (fls. 59-86).

1. Supuestos fácticos

De la sentencia a revisar se sintetizan los siguientes:

El 30 de abril de 2013 en horas de la mañana, en la vía que se encuentra entre la población de Linares – Nariño, y la vereda San Francisco de esa municipalidad, exactamente en un punto que se conoce como “El Pitalito”, fue asesinado JAAN, cuando pasando en su moto por ese lugar, le salieron unos hombres propinándole varios disparos en la espalda y en el momento en el que la víctima cayó al suelo, lo remataron con otros disparos, ocasionándole inmediatamente la muerte, sin que en el momento se conocieran los causantes del fatídico suceso.

Transcurridos unos meses se conoció el relato de ÁVCM, vecino de esa localidad, se dio a conocer que los autores del suceso en que fue ejecutado JAAN, habían sido sus familiares y hoy acusados CGCC y JSA, por la promesa remuneratoria que les hizo FR, alias "C", en el que se acordaron 15 millones de pesos –anticipándoles 300.000 mil pesos–; el que incumplido y ante el reclamo del pago, FR terminó amenazando de muerte a los mismos implicados si insistían en la reclamación.

2. Actuación procesal y sentencia recurrida

Por solicitud de la Fiscalía 25 Seccional el 6 de diciembre de 2013 se adelantaron las audiencias preliminares de legalización de captura, imputación sin allanamiento a cargos por los procesados e imposición de medida de aseguramiento consistente en detención preventiva.

El 10 de abril de 2014 se celebró, la audiencia de formulación de acusación, en la cual, se dejó constancia que el Ministerio Público, a pesar de haber sido citado oportunamente no compareció, tampoco lo hicieron los imputados, quienes en ese momento se encontraban en libertad por vencimiento de términos.

En el curso de la audiencia de formulación de acusación la Fiscalía manifestó endilgar responsabilidad como autores a título de dolo a CGCC y JSAG, por los delitos de homicidio agravado en concurso homogéneo con fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego accesorios partes o municiones, de acuerdo a los elementos materiales probatorios e información legalmente obtenida.

Celebrada la audiencia preparatoria y finalizada la de juicio oral, se anunció el sentido del fallo de carácter condenatorio y se dictó la sentencia objeto de impugnación.

2.1 Sentencia recurrida

El Funcionario de la primera instancia después de referir los aspectos de carácter formal y precisar los tipos penales que se le atribuían a los acusados, entró al análisis de las posturas de los distintos sujetos procesales, destacando que el interés de la Fiscalía era demostrar la responsabilidad penal de los acusados en la comisión de los delitos endilgados a CGCC y JSA.

2.1.1 Aspectos fácticos, jurídicos y respuestas a los alegatos finales

El *a quo* explicó que la Ley 906 de 2004, estableció como medios de conocimiento, entre otros, la prueba testimonial, que puede llevar al juzgador junto con las demás pruebas debatidas en el juicio, al conocimiento mas allá de toda duda, acerca del delito y de la responsabilidad penal del acusado; adujo que dicha prueba testimonial tiene asignadas unas reglas para su producción durante el juicio oral, de ahí la importancia de que lo dicho en el interrogatorio verse sobre hechos percibidos directa y personalmente por el testigo, proscribiéndose toda prueba de referencia, cuya admisión excepcional está limitada únicamente en los casos señalados en la ley.

Mencionó entonces que la declaración del testigo protegido, se mostraba con verosimilitud en el cuándo, dónde, cómo y quiénes perpetraron el atentado que le costó la vida a JAN; encontrando sustento en la forma coherente como ÁVC, narró lo manifestado o confesado por sus parientes o coterráneos en el vecino país del Ecuador, de donde estimó surgía ostensiblemente la participación de los acusados en las conductas delictuales objeto del juicio oral.

Seguidamente dio la razón a la defensa cuando afirmó que en el caso existía prueba de referencia, debido a que ninguno de los testigos que declararon aseveraron constarles sobre la muerte de JAN; por lo cual, aclaró que no existieron testigos presenciales del luctuoso hecho; solo se obtuvo la deposición del testigo protegido ÁVC, a quien le confesaron los procesados ser los coautores de ese homicidio.

Pero explicó a diferencia de lo aducido por la defensa, que no constituía prueba de referencia lo aseverado por el testigo protegido, acerca de lo confirmado por los dos procesados, como quiera que el testigo declaró en la audiencia de juicio oral con imperio de los principios de publicidad, inmediación y contradicción; sobre lo que de manera personal y directa percibió o les escuchó decir a sus coterráneos, es decir, respecto de las circunstancias y

detalles de cómo ejecutaron a AN, por encargo de FR, alias "c", el 30 de abril de 2013, en el sector de San Francisco, jurisdicción municipal de Linares (N).

Expresó que con dicha atestación que resulta ser de referencia, respecto al homicidio perpetrado contra la vida de AN, sí constituyó un elemento de partida de inferencias indiciarias, junto con los testimonios aportados en la investigación; hechos indicadores que relacionados con determinadas reglas de la experiencia, como el que tiene motivos para delinquir es el autor del delito que se le atribuye; el que huye del lugar de los hechos es el autor del delito imputado o el que amenaza a otra persona es porque está inmerso en el delito del cual se le acusa, a través de una inferencia lógica le permitió deducir el hecho hasta entonces desconocido, que no era otro que la autoría y responsabilidad de los acusados CC y AG, en la muerte violenta de JAN.

2.2. Aspectos probatorios y jurídicos del homicidio agravado y porte ilegal de armas

Señaló el *a quo* que sobre las aludidas conductas punibles, en la audiencia de juicio oral se dio lectura a los documentos y dictámenes periciales que fueron objeto de estipulación probatoria, con los que se dio por demostrada la muerte violenta de JAN, los cuales fueron la inspección del cadáver efectuado a la víctima, protocolo de necropsia, realizada el 30 de abril de 2013, como también el respectivo álbum fotográfico, que reveló que su muerte se produjo por 4 proyectiles provenientes de un arma de fuego.

Explicó que respecto a la coautoría y responsabilidad de esos reatos en concurso, se contaba con el testimonio del testigo protegido VC, quien no observó el atentado contra la vida de AN, sino que les escuchó a los acusados CC y AG, en el vecino país del Ecuador, donde se refugiaron, haber sido los coautores materiales de aquella muerte, por promesa remuneratoria ofrecida por FR, alias "c"; al tiempo fueron expulsados por su permanencia ilegal, instante en el que fueron capturados por la autoridad nacional en la ciudad de Ipiales (N.), el 5 de diciembre de 2013; en cuya ciudad se tramitaron las audiencias preliminares.

Refirió que el testimonio de VC, como el de las demás personas que declararon en el asunto y los funcionarios del CTI, constituyen prueba de referencia, como con acierto lo sostuvo la defensa, pues en la audiencia de juicio oral, ninguno de los testigos, aseveró constarles o haber observado el atentado donde murió AN; empero, lo que no es prueba de referencia, es la confesión hecha por los dos procesados a su pariente, el testigo protegido; cuyos testimonios son elementos de partida de inferencias indiciarias, lográndose establecer los anotados hechos indicadores que relacionados con reglas de la experiencia, podían inferir válidamente el hecho hasta entonces desconocido, como es la coautoría de los procesados en los delitos de homicidio agravado y porte ilegal de armas de fuego de defensa personal.

Por tanto, aclaró el juzgado que no existía evidencia alguna de que el testigo protegido haya faltado a la verdad, pues el comportamiento asumido por los dos acusados, antes y después del luctuoso hecho, confirman su atestación, que no era otra que la confesión hecha por propia boca de aquellos implicados en el vecino país, donde habían huido o refugiado tras el cobarde atentado que costó la vida al señor AN, por promesa remuneratoria ofrecida por FR, que no fue cumplida, quien ante el reclamo de pago, los amenazó con matarlos si regresaban al país, es por ello que las autoridades migratorias del Ecuador, los deportó a quienes situados en la ciudad de Ipiales fueron capturados por las autoridades colombianas.

Expresó que, con fundamento en el material probatorio recaudado o evidencia física ventilada en la audiencia de juicio oral, se encuentra acreditado mas allá de toda duda razonable, que los acusados CGCC y JSAG, participaron como coautores de los reatos de homicidio agravado y porte ilegal de armas de fuego de defensa personal, en concurso heterogéneo simultáneo.

Ultimó que, acreditado que los acusados de manera consciente, entendían y comprendían la ilicitud de su comportamiento; decidieron libremente realizarlo, pudiendo y debiendo obrar de otra manera; vulnerando los bienes jurídicos contra la vida, y de la seguridad pública, que el legislador quiso anticipadamente proteger, elevando a delitos dichas acciones.

En síntesis, demostrada la ocurrencia o comisión de las aludidas conductas punibles, en concurso heterogéneo simultáneo, lo mismo que la responsabilidad de los inculcados CC y AG, como coautores de los mismos, lo que

se demostró con las pruebas practicadas en la audiencia de juicio oral, el despacho profirió en su contra sentencia condenatoria.

2.3. Dosificación de la Pena

Efectuó el análisis a que alude el artículo 54 y siguientes del Código Penal, determinando que el marco punitivo o el *quantum* de aquella era el previsto en la citada norma, esto es, de 400 a 600 meses de prisión sin que existiera otra disposición que lo modifique o altere.

Siendo ello así, fijó los cuartos mínimos y se detuvo en el primero para imposición en atención a que su proceder no devela circunstancias que agravaran la punibilidad, por tanto, fijó una pena de 406 meses de prisión que la incrementó por el concurso de conductas punibles en 12 meses de prisión por el reato de *porte ilegal de armas para la defensa personal*, resultando una pena final a imponer de 418 meses de prisión.

De igual manera, les impuso a los enjuiciados la pena accesoria de inhabilitación de derechos y de funciones públicas, por un lapso o periodo de 20 años, que se aplicaría de inmediato en el evento de ser capturados.

Concluyó que, en consideración a la pena privativa de la libertad a aplicar a los encartados CGCC y JSAG, que excedía a los tres (3) años de prisión, a la gravedad y modalidad de los reatos cometidos y a sus antecedentes personales, sociales y familiares, eran indicativos de que existía la necesidad de la ejecución de la pena o de tratamiento penitenciario, por lo tanto, no concedió el subrogado penal de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, ni la substituyó por la de prisión domiciliaria.

3. Argumentos del recurrente y de los no apelantes

3.1 Abogado defensor de CGCC y JSAG.

El encargado de la defensa apela¹ la decisión de condena, arguyendo no compartir la argumentación expuesta por el Juzgado de conocimiento para sentenciar a sus representados, solicitando su revocatoria.

Explica que, se incurrió en un error de derecho ante la violación directa de la ley sustancial por desconocimiento de las reglas de producción y apreciación de la prueba, que sirven de sustento a la sentencia por error de juicio y por falso juicio de convicción.

Expone, en primer lugar, que se debe observar el requisito *sine qua non*, contenido en el artículo 402 de la Ley 906 de 2004 y sostiene que, frente a esa exigencia plasmada en el ordenamiento positivo Procesal Penal Colombiano se debe aseverar con claridad, que el único testigo que ha sido escuchado en juicio, no ofrece una declaración, que verse sobre su percepción directa y personal de los hechos materia de investigación, sino que por el contrario se trajo a juicio un testigo de oídas que según la jurisprudencia penal colombiana, se convierte en un testigo de referencia.

Agrega que EM y los miembros del CTI, no son testigos tampoco directos del ilícito de homicidio.

Precisa que la sentencia condenatoria no puede fundamentarse, exclusivamente en pruebas de referencia, como es el caso de marras, tal como se puede ver a continuación:

Dice que el artículo 438 del Estatuto Instrumental, habla de la admisión excepcional de la prueba de referencia, solo cuando el declarante manifiesta bajo juramento que ha perdido la memoria sobre los hechos y esa información es corroborada pericialmente, o cuando las declaraciones se registraron en escritos de pasada memoria o archivos históricos.

¹ Audiencia de lectura de fallo, record: 58:25

Acota que la Corte Suprema de Justicia ha establecido cuatro directrices para tener en cuenta el testigo de referencia, en conjunto con los demás EMP, como: **i.** Que sea un testigo de referencia de primer grado, es decir que lo narrado lo escuchó de la persona que observó los hechos; **ii.** Que el testigo debe señalar cuál es la fuente de su conocimiento; **iii.** Se debe establecer las condiciones en que el testigo directo transmitió los datos a quien después va a dar la referencia de cierta circunstancia, de manera que sea posible evidenciar que lo referido en modo indirecto por el declarante; **iv.** Es fundamental para otorgar poder suasorio a la especie de prueba en comento la conducencia de otra clase de medios de persuasión, así sean indiciarios con la capacidad de reforzar las atestaciones del testigo de oídas, pues valoradas en su conjunto pueden suministrar elementos aptos para acreditar que lo referido al testigo indirecto se lo transmitió en forma como éste lo señaló y que efectivamente el debatido suceso ocurrió de conformidad con su narración.

Al punto, trae a colación la declaración jurada en formato FPJ 15, rendida por el testigo de referencia del 19 de septiembre de 2013 a las 3:00 p.m., que en la parte final de la segunda hoja dijo: *"después de eso empecé a escuchar por comentarios de conocidos míos, que me contaron que quien había hecho ese homicidio había sido S, junto con otro muchacho que le dicen 'el r' de nombre G, me contaron que los habían visto cuando hicieron esa vuelta"*.

De lo citado, estima que el testigo manifestó que percibió esa información de testigos directos que estuvieron mirando, en percepción primera, siendo que la Fiscalía no tuvo la suficiente diligencia de buscar o por lo menos de probar dentro del proceso que hizo lo necesario para que acudieran los testigos principales para soportar su testigo de referencia.

Contrapone que teniendo en cuenta los criterios legales y jurisprudenciales referenciados, es dable manifestar que la sentencia atacada tiene como único sustento el testigo y la declaración de ÁVC, ya que el testimonio de EM, así como de los funcionarios del CTI, carecen de prueba vinculante entre los hechos y las personas responsables de tal hecho, por lo tanto, no sirven para endilgar responsabilidad a alguna persona determinada.

Critica que de la entrevista y del testimonio rendido por el testigo protegido se extrae claramente que la información que ha suministrado la ha recibido de tres fuentes: los conocidos, los familiares y los condenados, pero se debe tener en cuenta que para la admisibilidad de la prueba de referencia entre varios requisitos, está que el testigo informe con certeza la identificación de las personas de las cuales recibió la información, además su información no es pormenorizada por la Fiscalía Seccional Delegada, porque no hay siquiera prueba indiciaria de que efectivamente la hubiera escuchado de palabras de los acusados, máxime si se informa por el mismo testigo que recibió información de varias fuentes.

Sostiene que no se puede dar credibilidad a ese testigo de referencia, sustentada únicamente en lo mismo que el testigo afirma, porque no hay otras pruebas o indicios que den a revelar que efectivamente sus representados SA y CC, hayan podido cometer el delito, sino que solo está el testimonio de ÁC y los hechos indicadores a los que el Juez de primera instancia hizo alusión y que los toma de la misma prueba de referencia, tratando de fundamentarla con esos mismos hecho indicadores.

Acota que ninguna de las afirmaciones del testigo de referencia finca su veracidad en alguna prueba sumaria introducida por la Fiscalía al plenario del proceso, tanto que no ofrece una prueba específica del lugar de los hechos, o dónde ocurrió la muerte de la víctima, ya que toda la investigación penal y actos de policía como primeros intervinientes dan inicio en el hospital Juan Pablo II de Linares – Nariño, y desde ahí arranca la investigación sin siquiera hacerse un esfuerzo por comprobar si el homicidio efectivamente ocurrió en el lugar donde lo dijo ÁV, destacando que lo que se observa de ese deponente es su interés de limpiar su nombre.

Finaliza pidiendo se revoque la decisión de primera instancia y en su lugar, se dicte una de carácter absolutorio, toda vez que, la Fiscalía no pudo desvirtuar la presunción de inocencia de sus prohijados.

3.2 Fiscal Cuarenta y Siete Especializado de Samaniego

Presenta oposición² frente al recurso de alzada pidiendo se confirme la sentencia condenatoria. Expone que la

² Audiencia de Lectura de Fallo (19 de Mayo de 2015, 11:00 am), record: 1:22:44

defensa aduce sobre lo que regla el artículo 302 del Código de Procedimiento Penal, aclarando que no existen testigos directos de los hechos para el caso, siendo que el único testigo que tiene la Fiscalía nunca ha dejado de ser de referencia y fue quien tuvo conocimiento de los hechos directamente de los acusados, cuando tuvo lugar la reunión en el Ecuador, donde los autores materiales del punible le comentaron al testigo con lujo de detalles qué fue lo que hicieron, conociendo de ellos que fue FR, alias "c", quien mandó a matar al señor A, y confesándole al testigo que fueron ellos los autores materiales de lo que ocurrió verdaderamente.

En segundo lugar, menciona que la defensa hace alusión que los testigos como la esposa de la víctima y los funcionarios del C.T.I. son también de referencia, al respecto, reitera que no existen testigos presenciales de los hechos, en cuanto al artículo 379 *ibídem* y que remitiéndose al artículo 438 que tratan acerca de cuándo es admisible la prueba de referencia; sin embargo, agrega que también debe tenerse en cuenta la noción que trae el artículo 437 del Estatuto Procedimental Penal, siendo finalmente un testigo que asiste a la audiencia de juicio oral, por lo cual, su testimonio se practicó con todas las garantías constitucionales y la defensa tuvo la oportunidad de controvertirlas como de ejercer el contrainterrogatorio.

Respecto de la estimación de la defensa sobre que el ente acusador tenía la obligación de traer a estrados a las personas que hablaron con el testigo, acota que son los mismos acusados y también habla el testigo que su padre le comentó que los autores materiales habían sido los procesados; empero, aquel falleció.

En cuanto a la manifestación de la defensa sobre que fuera del testimonio o prueba de referencia se necesitan otros medios probatorios cuando alude que el a quo los saca del mismo testigo; apunta que los hechos indicadores aducidos son corroborados tanto por los agentes del CTI, los indicios no son solamente traídos de la declaración del testigo, aduce la defensa que *"en uno de los documentos se dice que le contaron, que había comentarios"*; sin embargo, el testigo en estrados dijo que no es testigo presencial de los hechos, refiriendo que los ahora acusados le narraron directamente los hechos como ocurrieron efectivamente.

Finalmente agrega que el presente caso se funda en indicios, en hechos indicadores, los cuales merecen plena credibilidad, la defensa tuvo la oportunidad de controvertir al testigo, quien además se encuentra amenazado siendo que la Fiscalía General de la Nación no conoce su ubicación porque está a cargo de la Unidad de Protección a Testigos. Por lo anterior, solicita que la sentencia de primera instancia sea confirmada.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

I. Problemas jurídicos a resolver

- Debe la Sala determinar si el testimonio de ÁVCM constituye prueba indirecta para acreditar la responsabilidad de CGCC y JSAG en la comisión de los delitos de porte ilegal de armas y el homicidio agravado de JAN.
- Igualmente, si para emitir la sentencia condenatoria de primer nivel el juez de conocimiento al acreditar la responsabilidad de los encartados CGCC y JSAG se basó exclusivamente en prueba de referencia.
- En consecuencia, si ante la inexistencia de prueba directa se deberá revocar la sentencia condenatoria y en su lugar absolver a los procesados, como lo reclama la defensa.

1. Examen de la prueba sobre la materialidad de los delitos juzgados y la responsabilidad de los acusados

1.1. Debe comenzar la Sala por precisar que en punto a la materialidad de los punibles juzgados de fabricación, tráfico y porte ilegal de armas y homicidio agravado, se tiene que ninguna de las partes puso en duda su real ocurrencia, tampoco es tema de impugnación, motivo por el que no se entrará en mayores disquisiciones sobre tal temática más allá de verificar los presupuestos probatorios mínimos que acreditan los hechos típicos.

En tal sentido obran las piezas probatorias que así lo confirman, tales como: la inspección técnica a cadáver (fl. 7-12)³, protocolo de necropsia (fl. 15-19), el testimonio de MECM, esposa del difunto (fl. 13-14), álbum fotográfico del occiso (fl. 22-25), Informe de investigador de campo (fl. 46-49) e informe investigador de laboratorio (fl. 43-44), hechos que además fueron objeto de estipulación entre la Defensa y la Fiscalía.

1.2 En lo que corresponde a la autoría y la responsabilidad de los acusados, eje del disenso planteado, la defensa como recurrente cuestiona la existencia de prueba directa que los incrimine, rechazando el valor suasorio que el juez de instancia le otorgó al testimonio de ÁVCM, único medio de prueba con el que se cuenta para acreditar la responsabilidad de los encartados el que se basa para proferir sentencia condenatoria en contra de CGCC y JSAG.

Alega el togado que el citado testigo tiene la connotación de prueba de referencia, toda vez que, no presenció directamente el homicidio perpetrado en contra de JAN, sino que dijo haber escuchado cómo se cometió el delito de terceras personas, para posteriormente afirmar que lo escuchó directamente de los dos indiciados.

Así pues, sostiene que dicha prueba no debía tener el valor probatorio que le otorgó el Juez ni mucho menos concederle certeza de la real ocurrencia de los hechos tal como los afirmó el testigo.

Finalmente cuestiona a la Fiscalía por no hacer comparecer al juicio a sus testigos directos.

1.2.1. Prueba de referencia

Frente a este cuestionamiento de la defensa es dable precisar que en virtud del sistema de enjuiciamiento con tendencia acusatoria consagrado en la Ley 906 de 2004, se establece la prueba de referencia y a su vez, se resaltan las circunstancias excepcionales en que es admisible dentro del proceso, tal como lo ha establecido el artículo 379⁴:

"El juez deberá tener en cuenta como pruebas únicamente las que hayan sido practicadas y controvertidas en su presencia. La admisibilidad de la prueba de referencia es excepcional"

Así mismo, en el artículo 402⁵ se establecen los aspectos sobre los cuales el testigo puede declarar en medio de la audiencia de juicio oral:

"El testigo únicamente podrá declarar sobre aspectos que en forma directa y personal hubiese tenido la ocasión de observar o percibir. En caso de mediar controversia sobre el fundamento del conocimiento personal podrá objetarse la declaración mediante el procedimiento de impugnación de la credibilidad del testigo".

Sobre esta temática la Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal, ya ha fijado una línea de pensamiento:

"En términos menos abstrusos, puede decirse que prueba de referencia es la evidencia (medio probatorio) a través de la cual se pretende probar la verdad de una declaración realizada al margen del proceso por una persona determinada, no disponible para declarar en el juicio, que revela hechos de los cuales tuvo conocimiento personal, trascendentes para afirmar o negar la tipicidad de la conducta, el grado de intervención del sujeto agente, las circunstancias de atenuación o agravación concurrentes, la naturaleza o extensión del daño ocasionado, o cualquier otro aspecto sustancial del debate (antijuridicidad o culpabilidad, por ejemplo).

Para que una prueba pueda ser considerada de referencia, se requiere, por tanto, la concurrencia de varios elementos: (i) una declaración realizada por una persona fuera del juicio oral, (ii) que verse sobre aspectos que en forma directa o personal haya tenido la ocasión de observar o percibir, (iii) que

⁴ Art. 379. Código de Procedimiento Penal. Ley 906 de 2004.

⁵ Del Código de Procedimiento Penal. Ley 906 de 2004.

exista un medio o modo de prueba que se ofrece como evidencia para probar la verdad de los hechos de que informa la declaración (testigo de oídas, por ejemplo), y (iv) que la verdad que se pretende probar tenga por objeto afirmar o negar aspectos sustanciales del debate (tipicidad de la conducta, grado de intervención, circunstancias de atenuación o agravación punitivas, naturaleza o extensión del daño causado, entre otros).

La doctrina comparada coincide en señalar, con criterio general, que la declaración que se realiza por fuera del juicio oral puede ser verbal o escrita, o provenir inclusive de otras formas de comunicación normalmente aceptadas, como ademanes o expresiones gesticulares que provoquen en quien las percibe la impresión de asentimiento, negación o respuesta.

También conviene en precisar que la declaración que informa de los hechos cuya verdad se pretende probar, debe provenir de una persona determinada, entendida por tal, la que se halla debidamente identificada, o cuando menos individualizada, con el fin de evitar que a través de la prueba de referencia se introduzcan al proceso rumores callejeros o manifestaciones anónimas, sin fuente conocida.

La exigencia consistente en que la declaración realizada por fuera del juicio oral verse sobre hechos de los cuales la persona que hace la declaración ha tenido conocimiento personal, responde a los requerimientos del principio de inmediación objetiva, previsto en el artículo 402 del Código, que impone como condición para la admisión a práctica de un testimonio en el juicio, que el testigo informe de hechos o circunstancias que haya tenido la ocasión de observar o percibir en forma directa y personal:

"Artículo 402. **Conocimiento personal...**".

La prueba testimonial llamada indirecta, de oídas, hearsay o ouï dire (oir decir), es por antonomasia una especie de prueba de referencia, pero no la única. Existen otros modos o medios, igualmente admisibles, a través de los cuales puede intentarse probar la verdad de la declaración emitida por fuera del juicio oral, como por ejemplo una evidencia escrita (una carta) o un medio técnico (una grabación). Lo importante es que se trate de un medio legítimo, legalmente admisible, a través del cual se aspire llevar al proceso un conocimiento personal ajeno (de un tercero).

Una de las particularidades más sobresalientes de la prueba de referencia, y la que, a no dudarlo, marca la diferencia con la prueba directa, es que tenga por objeto probar la verdad de una declaración rendida por fuera del juicio oral por una persona que tuvo conocimiento personal y directo de aspectos que interesan a la justicia, quien no concurre al proceso. O lo que es igual, que la prueba tenga por finalidad introducir al debate oral conocimientos personales ajenos.

Si A, por ejemplo, escuchó a B decir que C fue el autor del homicidio de Z, y A es llevado a juicio para probar la verdad de la afirmación hecha por B, es decir, que C fue el autor del homicidio, se estará frente a una prueba de referencia, pues lo buscado, a través de ella, es probar la verdad de un conocimiento personal ajeno. Pero si lo pretendido es simplemente acreditar que B hizo la manifestación, o que ésta simplemente existió, independientemente de que su contenido sea o no veraz, se estará frente a una prueba directa, porque el aspecto que se pretende probar (que la manifestación se hizo), fue personalmente percibido por el testigo.

Esta especial característica la diferencia también de la llamada prueba de referencia con fines de impugnación, a través de la cual no se busca probar la verdad de la declaración realizada por una persona que no está disponible para concurrir al juicio oral, como de ordinario acontece con la evidencia que se utiliza con propósitos estrictamente probatorios, sino simplemente con el fin de cuestionar la credibilidad de un determinado testigo, en los casos previstos en el artículo 403 del Código.

Adicionalmente a estos requerimientos, la normatividad exige que la verdad que se pretende probar a través de la prueba de referencia, tenga adicionalmente la virtualidad de definir aspectos sustanciales del proceso, como las categorías del delito, o las circunstancias de atenuación o agravación concurrentes, exigencia que no responde en estricto sentido a las notas características de la prueba de referencia, sino

a una condición de admisibilidad de las pruebas en general, en virtud de su pertinencia objetiva y funcional”⁶, (subrayado fuera de texto).

Teniendo en cuenta las anteriores anotaciones, debe precisar la Sala que la prueba de referencia abarca un amplio espectro de supuestos, donde se incluyen eventos en los cuales un testigo puede atestar de forma simultánea tanto como testigo directo, como de testigo indirecto, dependiendo de la aprehensión sensorial que tuvo de la fuente del conocimiento sobre la que depone.

En efecto, un declarante puede relatar hechos que percibió por sí mismo, evento en el cual sería un testigo directo; también y al mismo tiempo, narrar otros que le fueron relatados por otra fuente o persona, es decir, testigo de oídas, circunstancia bajo la cual sería testigo indirecto, lo que nos ubicaría ante un prueba que tiene la doble naturaleza de prueba directa y prueba indirecta o de referencia.

Volviendo al caso en estudio, advierte la Sala que respecto a esta sutil distinción se equivoca parcialmente el censor al confundir los dos conceptos, al pretender que el testigo ÁVCM, quien compareció al juicio a declarar, corresponde meramente a un testigo de referencia por no haber percibido de forma directa el homicidio de JAN.

Tal categorización de la defensa resulta parcialmente correcta, si se deja de lado que ÁV en el testimonio que rindió en el juicio describió la percepción directa que tuvo de haber escuchado de boca de los dos implicados ser quienes mediante la utilización de armas de fuego le causaron la muerte a JAN en cumplimiento de la promesa remuneratoria que les hizo FR alias “C”.

Verificados los registros corrobora la Sala que ÁVCM⁷ en la audiencia de juicio oral, narró que percibió directamente las manifestaciones provenientes de CGCC y JSAG, de ser quienes ultimaron a JAN.

A la sazón, afirma que cuando se encontraba en el Ecuador, adelantando los trámites necesarios con ocasión a la muerte de su padre, CG y JS, los cuales son familiares lejanos, le contaron que habían sido quienes ultimaron a JAN. Así, exclusivamente el relato de este hecho, corresponde a una atestación de un testigo presencial y por tanto, esta parte del testimonio es una prueba directa.

Relata el testigo que G y S, también le dijeron que no podían regresar a Colombia porque sus vidas corrían peligro, ya que a pesar de la muerte de “C”, a ellos los seguía buscando la guerrilla por el crimen cometido en contra de JAN.

Posteriormente asevera que los endilgados fueron expulsados del Ecuador dada su permanencia ilegal en ese país, y capturados por autoridades colombianas por los señalamientos que se les habían hecho como autores del delito que hoy ocupa la atención de la Sala.

También afirma que días anteriores al asesinato, el acusado JSAG le había comentado que estaban ofreciendo una recompensa por matar a un “cucho” sin que para ese momento le dijera a quien se refería, a lo que ÁV le respondió que él no se metía en esos negocios, que a él le gustaba trabajar honestamente.

Agregó que CG y JS le manifestaron que se arrepentían de haber cometido dicho crimen, calificándolo como un error, ya que al final de cuentas “C” no les había pagado lo prometido, que era la suma total de \$15'000.000, pues solamente les había dado \$300.000, habiendo sido amenazados de muerte si le seguían insistiendo sobre la paga.

No hay duda que la deposición que realiza ÁV corresponde a un hecho que percibió por sí mismo, la aceptación por parte de los acusados de haber cometido el homicidio de JAN, conocimiento que adquirió a través de sus sentidos; en este entendido, se itera, se trata de una prueba directa.

De todas formas, el testigo es preciso y enfático en reconocer que no estuvo presente en el lugar el día ni en el momento de la ocurrencia de los hechos y que por tanto, no podía afirmar o negar qué fue lo que realmente pasó.

⁶ Sentencia 6 de marzo de 2008, radicación 27477.

⁷ Aud. Juicio Oral. 16 octubre de 2014. Corte O. Record 50:15 y ss.

Como es llano advertir, la condición de testigo directo de ÁVCM no puede ir más allá de dar cuenta del relato sobre las presuntas manifestaciones de los acusados.

Y no puede ser de otra manera, dado que todos los demás aportes testificales que se acaban de reseñar corresponden a hechos y circunstancias que no conoció de primera mano, lo fueron todas a través de terceros, respecto de los que siquiera identifica o individualiza, solamente destaca a su progenitor de quien él mismo da cuenta falleció tiempo atrás y del que la Fiscalía General de la Nación tampoco trajo su declaración, siquiera como prueba de referencia admisible.

Bajo este contexto fáctico y jurídico dirigido al momento de la comisión de los delitos investigados, la Sala se encuentra ante el panorama de un típico testigo de oídas, pues en los dos momentos del contenido de su atestación, solamente ofrece como fuente de su conocimiento, las manifestaciones de terceros, sin importar que se trate de los mismos encartados.

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en el precedente evocado, califica a esta clase de declaraciones como prueba testimonial indirecta, la que también considera que por excelencia es una variedad de prueba de referencia, la que también considera resulta admisible.

Basados en el mismo precedente, el testimonio de ÁVCM, en lo que respecta a dar cuenta sobre la realización de los delitos endilgados a los acusados, tiene la particularidad más sobresaliente de la prueba de referencia, al pretender probar la verdad de una declaración de terceros –los procesados-, dada por fuera del juicio y que se refiere como quienes sí tuvieron el supuesto conocimiento personal y directo de los punibles juzgados –los acusados-, pero que no declararon en el juicio, pues habiendo estado presentes hicieron ejercicio de sus derecho constitucional y legal de guardar silencio.

A las luces de los conceptos precisados en la jurisprudencia evocada, es claro para la Sala que la declaración de ÁV constituye prueba directa respecto de lo que le dijeron los dos enjuiciados e indirecta en lo que se trata de la ocurrencia de la comisión del homicidio de JAN, primera respecto de la cual, dada su naturaleza también se considera una particular especie de prueba de referencia.

A esa conclusión se arriba con el elemental cotejo respecto de lo que él percibió a través de sus sentidos y lo que no lo fue, esto es, que no presenciaron el momento de la comisión de los reatos indagados, menos aún que hayan sido los dos acusados quienes cometieron las conductas típicas.

Es decir, se itera, su atestación está compuesta por declaraciones propias de un testigo directo sobre hechos diferentes a la percepción personal del acontecer delictual las que de todas formas constituyen prueba de referencia y otras de las que su fuente de conocimiento lo son relatos de terceros indeterminados, las que también son prueba de referencia.

Las primeras lo constituyen las aseveraciones que dijo escuchar de los dos acusados sobre el acontecer del deceso violento de JAN causado por los mismos encartados previa promesa remuneratoria; las segundas, son las que indica le dijo su padre ya fallecido y el decir de personas indeterminadas de quién o quiénes fueron los autores materiales del deceso de JAN.

En las palabras de la Corte traídas a colación, con el testimonio de ÁVCM la Fiscalía pretendió *"introducir al debate oral conocimientos personales ajenos"*.

Precisamente, es la misma alta Corporación quien ilustra de manera pedagógica un evento de gran similitud cuando señala que cuando un testigo declara que *"...escuchó a B decir que C fue el autor del homicidio de Z, y A es llevado a juicio para probar la verdad de la afirmación hecha por B, es decir, que C fue el autor del homicidio, se estará frente a una prueba de referencia..."*.

Destaca la Sala que cuando la Fiscalía General de la Nación trae al juicio el testimonio de ÁVCM, para que depusiera que los dos acusados, otras personas y su padre le comentaron que habían sido los mismos encartados quienes le causaron la muerte mediante la utilización de armas de fuego a JAN, lo que aspiró fue a acreditar esa verdad

a partir de un conocimiento personal ajeno; por tanto, en lo que concierne a la responsabilidad penal de los acusados su testimonio no deja de ser más que una prueba de referencia.

En este orden de las cosas, lo primero que se debe concluir es que el testimonio de ÁVCM en lo que atañe a ser tenido en cuenta como prueba de cargo respecto de la responsabilidad de CGCC y JSAG en la comisión de los delitos de porte ilegal de armas y homicidio agravado, a las voces de la jurisprudencia nacional, a pesar de resultar admisible, constituye una prueba de referencia, como acertadamente así fue declarado y reconocido en la instancia y lo alega el recurrente.

1.2.2.- Ahora, el segundo interrogante propuesto y a despejar lo constituye, si adicional al testimonio de ÁV, como prueba de referencia, la instancia se fundó en otros medios de prueba para emitir condena.

La respuesta inmediata que refulge del cotejo de la decisión impugnada es que sí.

En efecto, revisada la sentencia se corrobora que el a quo también tuvo en cuenta los testimonios de los investigadores del Cuerpo Técnico de Investigación, Ana Milena Rosero y Andrés López, al igual que de la esposa del occiso EMC.

De estas declaraciones el mismo funcionario de instancia, de manera acertada señaló, pues así lo es, correspondían a pruebas de referencia por cuanto ninguno de los deponentes presencié el hecho de la comisión de los delitos de porte ilegal de armas y homicidio agravado que se juzgan.

Adicionalmente, advierte la Sala que la sentencia se soporta en pluralidad de elementos indiciarios edificados a partir del contenido de las declaraciones de ÁVCM, los investigadores del Cuerpo Técnico de Investigación Ana Milena Rosero y Andrés López, al igual que de la esposa del occiso EMC con base en los cuales edificó el juicio de responsabilidad en contra de los encartados.

Debemos recordar que la prueba indiciaria ha sido definida como una prueba indirecta, pues corresponde a un ejercicio lógico inferencial que se realiza a partir de un hecho cierto, probado y conocido llamado hecho indicador, a través del cual se deriva otro, el hecho indicado, el cual es desconocido y se pretende acreditar mediante la inferencia que elabora el juzgador.

Sobre esta clase de medio de prueba la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia⁸ ha sentado pronunciamientos en los que explica su clasificación y relevancia en el proceso de persuasión racional:

"2. ... El indicio como mecanismo probatorio se plasma en un juicio de inferencia lógica que emite el juez teniendo en cuenta la existencia probada de un hecho indicador que lo lleva a concluir la presencia de otro indicado. Tal instrumento conceptual le permite al juzgador adquirir certeza sobre la autoría y responsabilidad del procesado cuando otros medios probatorios no se la brindan; la confiabilidad descansa en la demostración racional del hecho indicador y en la capacidad del juez para valorarlo y para inferir de él la existencia del hecho indicado y su lógica conexión con el sujeto a ellos ligado.

La doctrina usualmente califica, entre otros, como indicios los siguientes: el de capacidad para delinquir; el del móvil para delinquir; el de oportunidad para delinquir; el de las huellas materiales del delito; el de las manifestaciones anteriores al delito; el de las manifestaciones posteriores al delito; el de disculpa; el de mentira.

El indicio de oportunidad -que juega papel importante en este proceso- se refiere a la especial situación en que se encontraba el procesado en razón de sus condiciones personales o de su relación con otras personas y cosas, situación que facilitaba la comisión del delito; la oportunidad puede ser de carácter material o moral, según que esté relacionada con aspectos objetivos o subjetivos.

⁸ Sentencia Corte Suprema de Justicia – Sala de casación penal de 27 de noviembre de 1981

El indicio de las huellas materiales del delito -también de interés en este proceso-, apunta hacia las improntas que hechos punibles de resultado material dejan en el medio ambiente, sobre personas o cosas, y que son susceptibles de ser percibidas sensorialmente: es el desgarramiento himeneal en la violación sexual; es la raspadura del papel para borrar la palabra que se sustituye por una apócrifa en la falsedad material; es la mano amputada por acción del machetazo en las lesiones personales.

Aspecto fundamental del indicio como prueba es el de su unidad, al que se refiere nuestro estatuto procesal penal cuando señala que « las circunstancias o momentos referentes a un solo hecho indicador, constituyen un solo indicio»; conforme a este principio de universal aceptación, de un hecho indicador solamente puede surgir un indicio; las más frecuentes dificultades que en su desarrollo se presentan, derivan de la confusión entre hecho indicador y circunstancias o momentos que lo integran y que en veces se toman como otros tantos hechos indicadores; estos son el factum que con objetiva autonomía apunta hacia la persona con la que se conecta 'materialmente, aquellos son datos que lo nutren y conforman, pero que no tienen por sí mismos el poder unívocamente orientador del hecho indicante."

Del escrutinio procesal es palmario concluir que el discernimiento del fallador en la construcción de la prueba indiciaria partió de los hechos que dijo eran ciertos, probados y conocidos en la instancia a través de los testimonios de ÁV, Ana Milena Rosero, Andrés López y MECM, todos, los que como se dejó señalado corresponden a pruebas de referencia.

Lo anterior, por cuanto a que tal ejercicio crítico lo realizó el juzgador de instancia a partir de esas atestaciones, donde se vertieron relatos referidos a la autoría de los implicados que no eran producto de su vivencialidad.

El *a quo* de manera global, pues no lo discriminó, dijo que de las pruebas testimoniales rendidas por ÁV, Ana Milena Rosero, Andrés López y MECM, se desprendían los siguientes hechos indicadores:

- .-i) El hecho de que días antes a la muerte de JAN, el acusado JSAG le manifestó a ÁV que se estaba ofreciendo una suma de dinero para matar a un "cucho".
- .- ii) Que posteriormente a este encuentro, el 30 de abril de 2013 fue asesinado JAN, a la sazón un adulto mayor, mediante el impacto de 4 proyectiles de arma de fuego y en el momento en que se desplazaba en su bicicleta.
- .- iii) Después de ocurrido este hecho, CG y JS desaparecieron del municipio de Linares, huyendo con destino al Ecuador.
- .- iv) Encontrándose ÁV con CG y JS en el Ecuador, éstos le confesaron que habían sido quienes le habían causado la muerte a JAN mediante promesa remuneratoria de 15 millones de pesos que les pagaría FR, acordando un anticipo de \$300.000.00 y que ante el cobro del saldo, fueron amenazados por éste si insistían en lo pretendido.
- .-v) El móvil de los acusados para cometer el hecho, lo fue la promesa remuneratoria.
- .- vi) Que el determinador del homicidio FR se suicidó, motivado por la presión de grupos ilegales y la guerrilla que le reprocharon el hecho.
- .- vii) Las amenazas de muerte de las que es objeto ÁV y sus familiares por parte de los acusados por haber declarado en su contra lo que llevó a que la Fiscalía General de la Nación lo mantenga a él y sus parientes más cercanos como testigo protegido.

Calificó que estos hechos indicadores a partir de las reglas de la experiencia constituían que quien tenía un motivo para delinquir es autor del delito que se le atribuye; quien huye del lugar es autor del punible que se le imputa; el que amenaza a otra persona es porque está inmerso en el delito del que lo acusa.

A partir de esta base, aplicando la lógica dedujo que se establecía como hecho desconocido que CC y AG eran

responsables a título de coautores de la muerte de JAN.

Luego reseñó que se contaba con los indicios de presencia, oportunidad, móvil para delinquir, fuga, manifestaciones anteriores y posteriores al delito que cotejada con la prueba testimonial, documental y pericial allegada al juicio permitían llegar a esa conclusión.

Verificados los registros del juicio, advierte la Sala, que en efecto el testigo de cargo ÁVCM refirió de manera puntual, clara, precisa las revelaciones que los dos acusados le hicieron sobre el encargo para realizar el homicidio, luego su ejecución, afirmaciones inculpativas que fueron sometidas a la confrontación una vez la defensa realizó un exhaustivo contrainterrogatorio en camino a desacreditar al testigo, sin lograrlo.

Verifica la Sala que se trata de un declarante sólido, sin dubitaciones, ubicado en tiempo y espacio, con sanidad de sus sentidos, el que dada su posición especial de ser familiar lejano de los procesados, conocido del occiso y residente del municipio de Linares donde ocurrieron los hechos, lo privilegian desde la perspectiva del acceso a la información que tuvo a su alcance, la cual suministró a la judicatura con generosidad de detalles de cómo conoció del deceso de JAN y las personas que realizaron el hecho, circunstancias que suasoriamente permiten otorgarle credibilidad a su dicho.

A partir de este medio de prueba conocido en el proceso, pues se allegó de manera oportuna y válida al juicio, se contienen los diferentes hechos que como tales, están probados a partir de los cuales se elaboró una acertada construcción indiciaria.

Por tanto, para la Sala desde la visión de la crítica racional resultan válidas las deducciones que como indicios de móvil, presencia, oportunidad, fuga y manifestaciones anteriores y posteriores del delito elaboró el juez de instancia.

La prueba de cargo es clara en señalar que anterior al deceso de JAN el acusado AG hizo saber que se estaba ofreciendo una importante suma de dinero para causarle la muerte a un adulto mayor (indicio de manifestaciones anteriores al delito). Es más ÁV depone que lo consideró como un ofrecimiento, y lo rechazó.

De forma posterior al ofrecimiento dinerario ocurrió el deceso de JAN como un hecho alevé y sicarial (indicio de móvil).

Refirió que CGCC y JSAG son habitantes del municipio de Linares y se hallaban en la localidad para cuando ocurrió el deceso de JAN (indicio de presencia y oportunidad).

Luego, fallecido JA y dados los señalamientos que se les hacía, se presentó el abandono intempestivo de los procesados del municipio de Linares con destino al Ecuador (indicio de fuga), país del cual regresaron luego de ser deportados por las autoridades.

Ya en el Ecuador, cuando ÁV se hallaba con ocasión a las honras fúnebres de su padre, donde tuvo la compañía de los acusados, estos le expresaron que habían sido quienes habían ultimado a JAN (indicio de manifestaciones posteriores al delito).

Esta coincidencia en tiempo y lugar se encuentra justificada por la relación cercana del testigo ÁVCM con los acusados, quien conforme a su dicho deviene por coterráneos y residentes del municipio de Linares, además del parentesco. Consanguíneo con JSAG por tratarse de su primo en cuarto grado y político (sobrino) con CGCC por ser éste hijo de la esposa de su hermano.

Estos hechos indicadores se refuerzan en los testimonios de EMC y los funcionarios del CTI, Milena Rosero y Andrés López, como ya se acotó, corresponden a pruebas de referencia en relación con la responsabilidad de los acusados, pues como lo precisó la instancia no presenciaron de forma directa la comisión del homicidio de JAN, ni escucharon de boca de los implicados su confesión; sin embargo, relatan una serie de hechos de los cuales son testigos presenciales, pues son productos de sus propias vivencias.

Con ellos se soportan circunstancias temporoespaciales relatadas por ÁV. Así, ME depone sobre la relación que existía entre FR alias “C” con el occiso JAN⁹, destacando que como conocidos en el municipio de Linares meses antes del suceso, JA y FR habían hecho un negocio en el que JA le vendió a FR una acción del trapiche de ASOPAL por 20'000.000 de pesos, negocio del que no se hizo ninguna “escritura” y a la hora de la muerte de J, F no se presentó para verificar el cumplimiento del negocio.

También refiere¹⁰ que presenció que JA y FR, meses antes de ocurrido el homicidio, tuvieron un altercado fuerte en unas fiestas en el parque de Linares, escenario en el que F se resintió y utilizó un vocabulario fuerte para referirse a JA y decirle que algún día él, (F), iba a llegar a ser más que él (JA), a lo que J le respondió que “*ni naciendo 20 veces podría llegar a ser como él*”, confrontación que ocasionó bastante malestar a F.

Estos dos hechos –el negocio inconcluso de la venta de la acción del trapiche de ASOPAL por 20'000.000 de pesos y las rencillas y ofensas del occiso a F antes de su deceso–, para la Sala constituyen dos hechos indicadores que refuerzan el indicio de móvil.

Lo anterior, por cuanto con ellos se establecen razones por las cuales FR tenía interés de causarle la muerte a JAN, tanto económicas como anímicas, reflejadas en el negocio inacabado por el que debía pagar \$20.000.000.00, como el sentimiento de retaliación por las ofensas y agresiones verbales que en un espacio público había recibido del occiso.

En este orden, con tales hechos acreditados debidamente en el proceso, la atestación de ÁV encuentra más soporte fáctico y probatorio, cuando, entre otros aspectos ya reseñados, relató que conoció de palabras del procesado JS la oferta ilícita para causarle la muerte a un “*cucho*”; luego, que las voces de CG y JS, conoció que ellos habían cumplido ese encargo para FR, donde la víctima correspondía a JAN.

A las anteriores pruebas testimoniales se agregan las atestaciones de Ana Milena Rosero¹¹, quien da a conocer en juicio que en su labor como investigadora del CTI, a través del trabajo de campo y corroboraciones en el GAULA estableció que en el municipio de Linares operaban bandas criminales a las cuales hacía parte FR alias “C” dedicados a la extorsión suplantando para ello a la guerrilla, deposiciones que en el mismo sentido ratificó en su declaración Andrés López¹² su compañero de investigación.

También refieren en juicio los dos testigos que verificaron la ocurrencia del altercado y algunas rencillas personales de FR con JA, en el mismo sentido como lo manifestó MEC.

También aportaron el conocimiento de que los dos acusados mantenían una relación cercana con FR alias “C” y que se tenían informes de investigación sobre su conjunta participación en la comisión de extorsiones a pobladores de Linares, circunstancia que refuerza la veracidad del testimonio de ÁV sobre lo que escuchó de primera mano de los acusados y el encargo que FR les había hecho.

Con todo, también se fortalecen los indicios de presencia y oportunidad. Con estos testimonios se revela claro que los dos encartados se encontraban en el municipio de Linares para la misma época del homicidio de JAN, lo conocían, interactuaban en el mismo medio con el señalado determinador del crimen y recibieron el encargo dinerario para ejecutarlo.

Esta concatenación de hechos indicadores revisten total gravedad al señalar de manera directa a las personas que cometieron materialmente el delito de homicidio y revelan su identidad al converger al mostrar inequívocamente que los autores del deceso de JAN fueron los aquí enjuiciados CGCC y JSAG.

Con todo, la prueba testimonial e indiciaria, fueron las que llevaron al juzgador de instancia a declarar que existía conocimiento suficiente para emitir condena contra los procesados por los delitos que fueron acusados.

⁹ Aud. Juicio Oral. 05 de Octubre de 2014. Corte 1. Record 21:50:00

¹⁰ Aud. Juicio Oral. 05 de Octubre de 2014. Corte 1. Record 37:03

¹¹ Aud. Juicio Oral. 05 de Octubre de 2014. Corte 1. Record 01:10:00

¹² Aud. Juicio Oral. 05 de Octubre de 2014. Corte 1. Record 02:12:30

1.2.3.- Conocimiento para condenar.

El artículo 381 de la Ley 906 de 2004 establece que para emitir sentencia de condena se requiere el conocimiento más allá de toda duda, acerca del delito y de la responsabilidad penal del acusado, fundado en las pruebas debatidas.

Así mismo, que la sentencia condenatoria no podrá fundarse exclusivamente en pruebas de referencia.

Lo anterior no es otra cosa, que para poder emitir una sentencia de condena se requiere que al juicio se haya allegado por lo menos una prueba directa que acredite la conducta típica y la responsabilidad del procesado en su realización.

La doctrina de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha precisado que el inciso segundo de la disposición enunciada contiene una tarifa legal negativa consistente en que tampoco se podrá emitir sentencia condenatoria fundada exclusivamente en prueba de referencia.

Sin embargo, el presente caso no corresponde a la hipótesis de la ocurrencia exclusiva de una tarifa legal negativa, pues el fallo no se encuentra soportado exclusivamente en prueba de referencia.

Se parte de no discutir que el testimonio de ÁVCM corresponde a una prueba de referencia, pero como se dejó ampliamente reseñado en el acápite anterior, el juzgador no solamente se basó en este medio de prueba, pues para el efecto acudió adicionalmente a la pluralidad de elementos indiciarios.

Se le debe recordar al recurrente que el sistema procesal penal colombiano se rige por el principio de libertad probatoria, conforme al cual los elementos constitutivos del delito y la responsabilidad del procesado podrán acreditarse a través de los medios de prueba relacionados en el Código de Procedimiento Penal o de cualquier otro, siempre y cuando respete las garantías fundamentales de quienes intervienen.

Precisamente el indicio es otro medio de prueba válido, diferente a la prueba de referencia, con el cual es procedente demostrar cualquiera de los elementos del delito o la responsabilidad del procesado.

La Sala de casación penal de la Corte Suprema de Justicia ya ha tenido la oportunidad de ocuparse de temas afines al que ahora ocupa la atención de esta Corporación, donde recientemente determinó que¹³:

“Acorde con las reglas procesales previstas en la Ley 906 de 2004, no existe tarifa probatoria positiva por cuanto la ley no fijó valor a ningún medio de prueba y, por el contrario, en el artículo 380 estableció la libertad de apreciación al señalar que «los elementos materiales probatorios y la evidencia física, se apreciarán en conjunto».

Sin embargo, el artículo 381 sí estableció una tarifa legal negativa en virtud de la cual «la sentencia condenatoria no podrá fundamentarse exclusivamente en prueba de referencia».

Las instancias dedujeron la responsabilidad de EMIGDIO SÁNCHEZ ORTEGA en el homicidio de Janer Caicedo Samboní con apoyo en tres pruebas de referencia —testimonios de Ever Orlando Caicedo Samboní, Gerardo Ortega Ortega y Orlando Samboní— y en algunos indicios derivados del material probatorio acopiado en el juicio.

El Tribunal se pronunció en la siguiente forma:

En conclusión, está claramente demostrado que el señor Emigdio Sánchez Ortega se encontraba en el establecimiento de comercio en el que también estaba presente la víctima Janer Caicedo Samboní; que aquel tenía en su poder una arma de fuego hechiza calibre 38 con capacidad para un proyectil;

¹³ CSJ, SP 28 sep. 2016. Rad. 47553.

que se retiró del lugar aproximadamente diez minutos antes de que lo hiciera el hoy obitado; que luego fue visto por un sobrino suyo minutos antes de hallarse herido a Janer y muy cerca de ese lugar, y que según el protocolo de necropsia, la víctima recibió un proyectil de carga única compatible con la referida arma (hechos indicadores), de los cuales se puede inferir válidamente que aquel fue el que le disparó (hecho indicado), lo que aunado a las manifestaciones que en el mismo sentido la víctima Janer Caicedo Samboní le hizo y reiteró a su hermano Ever Orlando y a Gerardo Ortega Ortega y Orlando Samboní, permiten colegir a la Sala más allá de toda duda que el encartado fue la persona que accionó el arma de fuego y le causó la lesión que horas después produjo su deceso. Por tanto, se confirmará la sentencia apelada.

En consecuencia, la condena no se fundó exclusivamente en prueba de referencia porque la misma fue adicionada con elementos de convicción de carácter indiciario, situación perfectamente posible, ya que según la jurisprudencia de esta Sala, los indicios pueden complementar la prueba de referencia en orden a soportar una condena (CSJ AP, 21/01/15, rad. 45067)."

Empieza entonces la Sala por declarar un hecho irrefutable, esto es, que en el presente caso si bien la prueba testimonial de cargo corresponde a prueba de referencia respecto de la responsabilidad de los acusados en la ejecución de los delitos por los que fueron acusados, estos medios de conocimiento fueron acompañados por el juzgador con abundante prueba indiciaria.

En otra oportunidad esto Dijo la Corte¹⁴:

«El inciso segundo del artículo 381 de la Ley 906 de 2004 limita la eficacia probatoria de la prueba de referencia, pues prohíbe condenar con fundamento exclusivamente en esta clase de prueba, siendo necesario, por tanto, para poder llegar a una decisión de condena, que existan otros medios de naturaleza distinta que la complementen, y que su valoración conjunta permita llegar a la convicción racional de que el hecho delictivo ocurrió y que el procesado es responsable.

La prueba que sirve de complemento a la prueba de referencia no está sujeta a condicionamientos especiales en cuanto a su naturaleza, razón por la que se ha entendido que respecto de ella opera el principio de libertad probatoria, pudiendo tratarse, en consecuencia, de cualquier medio de conocimiento, incluida la prueba indiciaria, como ya lo ha precisado la Sala en otras oportunidades,

"La norma no tasa la clase de prueba que debe complementarla, como sucede en otras legislaciones, por lo que ha de entenderse que puede ser cualquier medio de prueba (testifical directa o indiciaria, por ejemplo), siempre y cuando sea de naturaleza distinta, y que el conjunto probatorio conduzca al conocimiento, más allá de toda duda razonable, de la existencia del delito y la responsabilidad del procesado" (CSJ SP, 6 de marzo de 2008, radicación No.27477)».

También ha dicho la Corte que¹⁵:

«La prueba de referencia ostenta toda validez para ser apreciada por el juez como un elemento de conocimiento que debe ser tenido en cuenta en su valoración conjunta del recaudo probatorio, con la limitación impuesta por el inciso segundo del artículo 381 de la Ley 906 de 2004, en el sentido de que "la sentencia condenatoria no podrá fundamentarse exclusivamente en pruebas de referencia".

Sin embargo, una lectura a la decisión impugnada permite identificar que fue el mismo fallador de segunda instancia quien precisó de manera explícita que las entrevistas del menor, incorporadas al procesado a través de las profesiones que intervinieron en su valoración psicológica, constituían pruebas de referencia y que en ellas no podía fundarse el fallo condenatorio, motivo por el cual razonó que, además del conocimiento de las circunstancias del hecho, dimanante de la narración del niño,

¹⁴ CSJ SP, 4 May. 2016. Rad. 41667.

¹⁵ CSJ SP, 17 Jun. 2015. Rad. 41377.

existían hechos indicantes, demostrados en el juicio, fundantes de indicios de presencia y oportunidad, que a través de inferencias racionales soportadas en reglas de la sana crítica, permitieron el certero establecimiento del hecho indicado, representado en la realización de la conducta lesiva a manos de la procesada».

En consecuencia no nos hallamos ante el supuesto del inciso final del artículo 381 del estatuto instrumental, pues la sentencia de condena emitida contra CG y JS no se basa exclusivamente en prueba de referencia, pues adicional a los testimonios de ÁVCM, Ana Milena Rosero, Andrés López y MECM, luego de un ejercicio racional se determinó que en su contra militan los indicios de móvil, fuga, manifestaciones anteriores y posteriores al delito, presencia y oportunidad, para señalarlos más allá de la duda razonable como coautores del homicidio de JAN.

Bastan estos motivos para confirmar la sentencia recurrida.

III. LA DECISIÓN

Por lo expresado, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, en Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **Resuelve:**

1°. **Confirmar** la sentencia de 19 de mayo de 2015, proferida por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Samaniego (N).

2°. Esta providencia se notifica en estrados y se hace saber que en su contra procede el recurso extraordinario de casación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

JOSÉ ANÍBAL MEJÍA CAMACHO
Magistrado Ponente

FRANCO SOLARTE PORTILLA
Magistrado

BLANCA ARELLANO MORENO
Magistrada

JUAN CARLOS ÁLVAREZ LÓPEZ
Secretario

MARGINALIDAD, IGNORANCIA O POBREZA EXTREMAS – OPORTUNIDAD: Tratándose de una forma de terminación anticipada del proceso penal, el único escenario propicio para su discusión es la Audiencia de Formulación de Imputación – Al existir allanamiento a cargos en la audiencia de formulación de imputación, es esta la oportunidad para debatir lo relacionado con las circunstancias de marginalidad o pobreza, no siendo factible hacerlo con posterioridad, por cuanto el pretender su reconocimiento como atenuante de la punibilidad, constituiría una adición al contenido fáctico y jurídico de la imputación, desconociendo con ello el acuerdo que contiene el allanamiento; por tanto en la diligencia de Individualización de Pena y Sentencia, la competencia del juez de conocimiento se circunscribe exclusivamente a abrir el debate sobre las condiciones individuales, familiares, sociales y antecedentes de todo orden del procesado, a fin de determinar e individualizar la pena a imponer, sin que puedan alegarse circunstancias que afecten los extremos punitivos del tipo penal o las que modifiquen la imputación fáctica; considerándose que en la pretensión que en tal sentido se realice en esta audiencia, subyace una retractación de la responsabilidad, lo cual no está permitido por el ordenamiento jurídico, salvo que se hayan vulnerado derechos y garantías fundamentales, lo cual no ocurre en el presente asunto./

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

SALA DE DECISIÓN PENAL

Magistrado Ponente: Dr. José Aníbal Mejía Camacho

Proceso N°: 5226060005102011800071
Número Interno: 11097
Conducta Punible: Hurto calificado y agravado, fabricación, tráfico y porte de armas de fuego
Sentenciado: JAZL
Decisión: Sentencia confirma la apelada
Aprobado: Acta N° 27 de abril de 2016

San Juan de Pasto, veintisiete de abril de dos mil dieciséis
(Hora: 10:00 a.m.)

I. OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

Examina la Sala la sentencia de 19 de marzo de 2015, dictada por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Pasto, que condenó a JAZL, como coautor de los delitos de *hurto calificado y agravado en concurso con el de fabricación, tráfico y porte o tenencia de armas de fuego agravado*, imponiéndole la pena principal de 74 meses de prisión y la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por igual término, además de negarle el subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria.

Contra esta determinación el defensor del procesado interpuso el recurso de apelación.

1. Los hechos

El 17 de enero de 2011, siendo las 4:30 horas, en el sector conocido como la “*Vuelta larga*” de la vereda El Olival del municipio del Peñol (Nariño), en el momento en que un bus de servicio público se movilizaba con varios pasajeros, fue abordado por tres personas con pasamontañas, dos de ellas portaban armas de fuego, quienes luego de controlar al conductor tiraron a los pasajeros al piso y los despojaron de sus pertenencias.

En el mismo lugar, también se inmovilizó a otro vehículo y a sus ocupantes a los que una vez intimidados les arrebataron sus pertenencias.

2. Actuación procesal y sentencia recurrida

Adelantadas labores investigativas por la Fiscalía General de la Nación, el 17 de julio de 2014, previa solicitud del ente investigador el Juzgado Noveno Penal Municipal de Pasto en Función de Control de Garantías, libró orden de captura contra JAZL, la que se hizo efectiva al día siguiente.

La Fiscalía procedió a solicitar las audiencias preliminares de legalización de captura, formulación de imputación y medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario, correspondiéndole al Juzgado Promiscuo Municipal Valle del Guamuéz de la Hormiga (Putumayo), diligencia en la que el imputado JAZL, aceptó cargos como coautor del delito de hurto calificado agravado y porte ilegal de armas agravado.

Frente a la referida fórmula de terminación abreviada del proceso, se procedió a emitir la sentencia condenatoria basada en la declaración de culpabilidad aceptada por el acusado JAZL, de manera libre, consciente, voluntaria y con la asesoría de la defensa, en orden a obtener los beneficios de rebaja de pena, manifestación que no mereció ninguna observación de irregularidad por el procesado.

Para acreditar la tipicidad de los reatos aludió los elementos EMP allegados por la Fiscalía, entre ellos: **i)** el informe de 17 de enero de 2011 rendido por CARLOS ALBERTO ARTEAGA uniformado de la Estación de la Policía de El Peñol (Nariño), **ii)** las entrevistas rendidas por la víctima RSE el 17 y 18 de enero de 2011 en la Estación de Policía mencionada y ante funcionario de la Policía Judicial, respectivamente, **iii)** las entrevistas de TLÁA y EPAE, **iv)** las actas de incautación de elementos N° 28 y 29, en donde se relacionan tres celulares, 1 cartucho calibre 38 especial marca indumil y la suma de \$1.157.000, **v)** la entrevista otorgada por el patrullero CARLOS ALBERTO ARTEAGA el 18 de enero de 2011 y **vi)** el oficio N° 736 MDN-BR23-CCA77 de 16 de julio de 2014, por medio del cual el Departamento de Control de Comercio de Armas, certifica que JAZL, no es usuario de ese departamento.

Anunció que el análisis de los elementos relacionados lleva a concluir más allá de toda duda razonable que para el día y hora en que ocurrieron los hechos, ZL, junto con otros dos individuos, acordaron hurtar a los ocupantes de un bus de servicio público que se transportaba por la vereda El Olival del municipio de El Peñol (Nariño), intimidando a los pasajeros del rodante y se apoderaron de sus pertenencias, mientras un sujeto custodiaba otro vehículo en el que sus ocupantes también fueron asaltados.

Encontró así realizados los tipos penales atribuidos, los que lesionaron de manera formal y material los bienes jurídicamente tutelados del patrimonio económico y la seguridad pública.

Indicó que la culpabilidad surge a partir de la manifestación de ser coautor de los hechos, expresada por el procesado en forma voluntaria, libre y con la debida asesoría de su defensor, no sin antes de habersele advertido las implicaciones jurídicas por su aceptación de responsabilidad, contenida en el desarrollo de la audiencia de formulación de imputación.

A efectos de individualización de la pena abordó el pedimento especial elevado por el defensor en desarrollo de la audiencia de verificación del allanamiento respecto al reconocimiento de las circunstancias de marginalidad por pobreza extrema normada en el artículo 56 del Código Penal, para despacharlo de manera desfavorable por cuanto considera que no puede ser válido el argumento genérico consistente en que por corresponder la región o territorio en la que reside el acusado a una zona geográfica que afronta una "crisis endémica" a nivel económico o social no le es permitido hallar lícitamente una fuente de trabajo e ingresos, pues las condiciones que el legislador previó para el reconocimiento de las especiales circunstancias de marginalidad deben ser concretas e individualizadas, sin dejar de lado que su evaluación se debe realizar con asidero en lo dispuesto en el artículo 13 de la Constitución Política.

Para llegar a esta conclusión, estimó que con lo allegado al proceso no se acreditan las situaciones que encarnan el reconocimiento de la disminuyente, empezando que el propio imputado, cuenta que su propósito era la consecución de un trabajo formal o informal pero ajustado a la legalidad, más no el acceder a una empresa criminal, aduciendo que no existía una condición de pobreza extrema con la potencialidad de influir directamente en la ejecución de la conducta punible, siendo de otro tenor la discusión si fue o no coaccionado en el sentido reclamado por ley para liberarse de la responsabilidad.

Afirmó que de las entrevistas de LEYP, EJC y SEL, el ciudadano procesado no se hallaba en un estado límite en su vivencia económica ya que solía desempeñar actividades varias como en el agro, en labores de construcción o en el socorrido estamento de motociclista, catalogándolo por ello, con un perfil común u ordinario más no extremo; acotó que faltó en el caso un estudio socioeconómico a través del profesional especializado para escudriñar el parlamento de la defensa.

Para la individualización y determinación de la pena tuvo en cuenta la cuarta circunstancia de menor punibilidad reglada en el artículo 55 del Código Penal y luego dio aplicación al artículo 31 del Estatuto Represor que regula el concurso de delitos.

Respecto al punible de hurto calificado y agravado, expuso que los artículos 240 inciso 2º y 241 numeral 10º del Código Penal, establecen una pena que oscila entre 144 y 336 meses de prisión.

Ante la ausencia de agravantes genéricos y la presencia de circunstancias de atenuación como la ausencia de antecedentes y la previamente reconocida, se movió dentro del primer cuarto, marcado entre 144 a 192 meses, agregando que se ubicará en el extremo inferior, el que incrementó en 2 meses, debido a la gravedad de la conducta y la necesidad de la pena, al dilucidar que el procesado ningún reparo tuvo en participar en unos hechos en los que se pudo lesionar caros derechos a personas usuarias del transporte público.

Aclaró que al no haberse acreditado la reparación integral de cada una de las víctimas por virtud de la comisión del reato judicializado, no es dable el reconocimiento previsto en el artículo 269 de la Norma Sustancial Penal.

En punto, al delito de porte ilegal de armas de fuego agravado artículo 365 numeral 4º, los topes mínimos y máximos los indicó en 96 a 192 meses de prisión, se ubicó en el cuarto mínimo que va de 96 a 120 meses de prisión, y agregó que al ser la conducta innegablemente reprochada que sirvió como medio para lesionar un bien jurídico como el patrimonio económico, fijó la pena a imponer en 98 meses, 2 meses más del límite inferior.

Referente a la figura del concurso las varias acciones delictuales dosificadas dijo que imponían sumar a la pena más grave según su naturaleza, es decir, 146 meses de prisión, 2 meses más por el porte, arrojando una pena total de 148 meses.

Hizo hincapié en las rebaja de penas por aceptación de cargos correspondiente al 50%, quedando la pena en 74 meses se prisión de acuerdo al artículo 351 del Código Procedimiento Penal.

Ordenó el comiso definitivo del elemento ilícito incautado, esto es, el cartucho calibre 38 especial marca indumil, que la noticia de custodia recae en cabeza de la Estación de la Policía de El Peñol autoridad que anotó, debía remitir dicho artefacto a la Armería del Batallón de Boyacá de esta ciudad.

Finalmente acotó que los afectados con las conductas sancionadas, podrían seguir el resarcimiento de los perjuicios a través de las acciones legales pertinentes, siendo una de ellas, el incidente de reparación integral, debiendo activarse dentro de los 30 días siguientes a la firmeza del fallo.

3. Argumentos del recurrente

El defensor de confianza de JAZL, interpuso el recurso de apelación contra la sentencia, específicamente referido a la inconformidad en la pena tasada por el no reconocimiento de la diminuyente por condiciones de marginalidad, para que una vez reconocida se proceda a la concesión del subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena.

Manifiesta que el origen de la conducta punible investigada radica en la pobreza extrema del enjuiciado, dada la situación social del Departamento del Putumayo, aducida por el procesado, la cual ha generado la proliferación de delincuencia común, violencia guerrillera y del Estado, actividad paramilitar y una crisis económica de grandes proporciones que ha llevado incluso a que la economía de esta región esté basada en los cultivos ilícitos y el narcotráfico.

Luego de hacer amplia referencia al fenómeno social de ese territorio, recalca que si la situación de abandono y olvido de la región es “*genérica*” y “*endémica*” resulta obvio que, por respeto a la dignidad de los habitantes de esa zona, deba ser tenida en cuenta al momento de establecer responsabilidades por la comisión de delitos por parte de sus habitantes.

Reitera que el departamento de Putumayo, siendo una región naturalmente rica no cuenta con las condiciones materiales mínimas de existencia que obligatoriamente el Estado debía proveer, sin que haya fuentes de empleo formal, industria ni empresa.

Por tanto, sostiene que tales carencias sociales deben tenerse en cuenta al momento de la dosificación de la pena para que sean el fundamento de la diminuyente punitiva reconocida a quienes realizan las conductas punibles influidos por esa situación de marginalidad social, que se traduce inexorablemente en marginalidad personal del delincuente.

Agrega que cuando el procesado apuntó poder desempeñarse en variedad de oficios, no significa que tenga la opción social de encontrar trabajo en ellos, sin que sea propietario de una motocicleta ni de un pedazo de tierra y si se le ofrece trabajo de jornalero solo era para hacerlo en cultivos ilícitos.

De manera que, se desconoció la realidad reflejada en la entrevista del propio convicto y de sus vecinos, quienes afirmaron sin duda que estaba abocado a vivir de la caridad, consumiendo la comida que sus vecinos y amigos le regalaban, desesperado por la enfermedad de su madre que no la podía atender por la carencia de medios económicos.

Se pregunta entonces, cómo pretender que la situación del enjuiciado no es extrema, cuando si se aprecia su dicho, dentro del entorno social al que hace parte, su realidad, no la de los jueces que cómodamente imparten justicia en la distancia, se podrá entender que se trata de un pobre extremo, condición que merece la respuesta de una pena atenuada frente a la comisión de los delitos que se le endilgan.

Reclama que la pena se rebaje proporcionalmente al punto de cumplir los requisitos para la concesión del subrogado penal de la suspensión condicional de la ejecución de la pena.

II. PARA RESOLVER SE CONSIDERA

1. El problema a desatar

Se trata de examinar la oportunidad procesal para solicitar y acreditar la ocurrencia de la circunstancia de marginalidad por pobreza extrema, cuando la sentencia se emite con ocasión a un allanamiento a cargos en la audiencia de formulación de la imputación en la que no se puso de presente por los intervinientes, específicamente la Fiscalía General de la Nación, el indiciado o su defensor, tales condiciones.

Luego, si bajo las anteriores circunstancias, de considerar que resulta procedente al momento de individualización de pena y sentencia estudiar tal circunstancia de marginalidad para determinar si los presupuestos que la estructuran se encuentran acreditados en el proceso para reconocer la diminuyente punitiva, redosificar la pena y consecuentemente determinar la viabilidad de conceder el subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena.

2. Oportunidad para alegar las circunstancias de atenuación punitiva descritas en el artículo 56 del Código Penal

Desde ya anuncia la Sala que disiente tanto de los argumentos de la defensa como de la postura del *a quo* al haber considerado procedente ingresar en el momento de la audiencia de individualización de pena y sentencia reglada por el artículo 447 de la Ley 906 de 2004, al estudio fáctico y reconocimiento jurídico de la concesión de la diminuyente punitiva descrita en el artículo 56 del Código Penal, basada, para este caso, en la pobreza extrema del procesado.

Lo anterior, por cuanto la sentencia que de manera anticipada es objeto de estudio fue proferida contra JAZL como consecuencia de la aceptación de cargos que el procesado de forma libre, espontánea, informada y asistida por su defensor de confianza expresó en la audiencia de formulación de la imputación, escenario en el que ninguno de los intervinientes puso de presente en la relación de los hechos ni tampoco, por obvias razones, fue objeto de relevancia jurídica, para que tal condición fuera tenida en cuenta como componente del tipo penal al igual que afectara el allanamiento a cargos, que luego se constituyera en escrito de acusación con la condición de tener en cuenta tal circunstancia en los efectos de determinación e individualización de pena y sentencia.

Debe precisar la Sala que la barrera jurídica que determina la imposibilidad de entrar a estudiar un nuevo componente fáctico no expuesto en la formulación de la imputación con incidencia en la pena, no es otra que el principio de irretractabilidad que envuelve el instituto de los allanamientos a cargos y preacuerdos, según el cual no es dable que el imputado que aceptó la responsabilidad con ocasión a la comisión de un delito, luego, sin más ambages desista de ello, restando de toda seriedad, lealtad procesal y preclusividad los estados instrumentales del proceso penal, afectando el debido proceso al desconocer la seguridad jurídica que embarga el allanamiento, eso sí, sin dejar de lado la excepción de los eventos en los que se alega y acredita que la manifestación de su aceptación fue producto de la fuerza, dolo o coacción de otros, supuestos que aquí no se avizoran y tampoco son planteados por la defensa.

Por lo tanto, al tratarse de un allanamiento de cargos desde la formulación de la imputación, cuando la defensa planteó en el momento de la audiencia de individualización y determinación de pena y sentencia rituada por el artículo 447 de la Ley 906 de 2004 hechos que no hacían parte de los componentes fácticos de la imputación y consecuentemente de la aceptación de cargos, a los cuales ahora pretende se le den una connotación jurídica que conforme a los lineamientos del artículo 56 de Código Penal, tienen una incidencia que modifican la sanción con una disminución en la pena en una proporción no mayor de la mitad del máximo, ni menor de la sexta parte del mínimo fijado para el respectivo delito, constituye una forma de retractación del acuerdo de responsabilidad del procesado que inicialmente se había pactado, con el que es claro también se pretende desconocer el *quantum* punitivo al que inicialmente se aspiraba.

La jurisprudencia nacional tiene establecido y califica de manera pacífica y reiterada que esta clase de eventos no es otra cosa que el desconocimiento del principio de irretractabilidad del allanamiento a cargos, según el cual, todo acto de acuerdo o preacuerdo en el que se han respetado los derechos y garantías de los intervinientes, especialmente el del consentimiento informado y asistido del procesado no son susceptibles de retractación por el arrepentimiento tardío del indiciado o su defensor de lo aceptado o pactado, pues de lo contrario se estaría desconociendo la seguridad jurídica que implica la manifestación de aceptación libre y espontánea de responsabilidad.

En consecuencia, resulta improcedente y equivocado que una vez surtida la aceptación de cargos en la audiencia de formulación de imputación, en las etapas posteriores del proceso abreviado que ello constituye se pretenda abrir un debate fáctico y probatorio, pues precisamente uno de los efectos del allanamiento a cargos es que el imputado renuncia a las etapas ordinarias del proceso donde se surtirían las audiencias de acusación, preparatoria y de juicio oral público en el que se procuraría un debate fáctico y probatorio encaminado a demostrar su inocencia o aspectos relativos a ser destinatario de una eximente de responsabilidad, excluyente de la sanción, diminuyente punitiva o circunstancia de menor punibilidad, entre muchos otros aspectos en su favor, como resultaría ser el caso aquí planteado.

Es que precisamente la ley procesal determina que a partir de la aceptación de cargos en la audiencia de formulación de la imputación lo hasta allí actuado "*se entenderá*" suficiente como acusación¹, sin que sea dable agregar o adicionar componentes fácticos con trascendencia jurídica que no habían sido previstos.

Bajo este entiendo autoriza a la Fiscalía General de la Nación para que adjunte el escrito que contiene la formulación de imputación o acuerdo para que sea enviado al Juez de conocimiento, quien a su turno examinará el acuerdo para determinar que es voluntario, libre y espontáneo, al cabo de lo cual le impartirá aprobación sin

¹ Artículo 293 de la Ley 906 de 2004.

que a partir de entonces sea posible la retractación de alguno de los intervinientes, y convocará a audiencia para la individualización de la pena y sentencia.

Bajo este hilo lógico procesal no existe espacio que autorice debate fáctico-probatorio sobre el alcance y comprensión de los hechos y su relevancia jurídica, como lo pretende el recurrente y como equivocadamente lo entendió el juez de instancia cuando abrió el espacio para discutir la probable ocurrencia del estado de marginalidad por pobreza extrema, que finalmente no reconoció.

Resulta pertinente evocar que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, ha considerado que en esta clase de supuestos –allanamiento de cargos en la formulación de imputación o preacuerdos- la única posibilidad de práctica probatoria se presenta en los eventos en que alguno de los intervinientes alegue que el consentimiento para la aceptación de cargos careció de las condiciones de ser voluntario, libre y espontáneo, espacio en el que habrá lugar para aportar los elementos de juicio que acrediten tales circunstancias.

De la reseña procesal se tiene con meridiana claridad que esta no es la hipótesis que se plantea para la solución en el caso bajo estudio, pues es inobjetable que el procesado ni ninguno de los intervinientes han objetado que la aceptación de cargos que expresó se alejara de ser voluntaria, libre y espontánea, como así lo tuvo a bien declararlo el juez de instancia.

Bajo esta óptica, una vez examinado el allanamiento a cargos por parte del juez de conocimiento y verificado que efectivamente se había producido de manera voluntaria, libre y espontánea la única actuación procedente corresponde a la audiencia de *“Individualización de pena y sentencia”* regulada por el artículo 447 de la Ley 906 de 2004.

Se le debe precisar al abogado recurrente y recordar al a quo, que en los supuestos de allanamiento a cargos formulados en la audiencia de imputación, cuando se pretende alegar una circunstancia de marginalidad y aspirar a su reconocimiento el momento procesal oportuno para hacerlo corresponde exclusivamente a la audiencia misma de formulación de imputación, pues hacerlo con posterioridad, de manera llana constituye, se itera, una adición al contenido fáctico y jurídico de la imputación, el que al tener una consecuencia inmediata sobre la punibilidad, como lo pretende el actor, resulta ser un abierto desconocimiento al acuerdo que contiene el allanamiento.

Es claro para la Sala que bajo tal pretensión subyace una retractación de la responsabilidad que JAZL, aceptó en la audiencia de formulación de imputación, pues la aspiración que ahora tiene de los hechos y su consecuencia punitiva es otra diferente por la que libre, voluntaria, debidamente informada y asistida por su defensor se allanó a cargos, la que, se repite, conforme al principio de iretractabilidad resulta inaceptable.

Ha sido reiterada la postura de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, referida al momento procesal oportuno para alegar las circunstancias de marginalidad de las que trata el artículo 56 del Código Penal, cuando del allanamiento a cargos en la audiencia de imputación atañe.

Esto ha dicho la alta Corporación al analizar un caso similar al que aquí se decide:

“A juicio de la actora, la situación de marginalidad extrema, contemplada en el canon 56 aludido, podía ser argüida y demostrada en la audiencia de individualización de pena de que trata el 447 del estatuto adjetivo.

No le asiste razón porque parte de una visión errada de esas disposiciones, al tiempo que desestima la línea jurisprudencial que sobre esos tópicos ha fijado esta Corporación.

El artículo 56 prescribe:

El que realice la conducta punible bajo la influencia de profundas situaciones de marginalidad, ignorancia o pobreza extremas, en cuanto hayan influido directamente en la ejecución de la conducta punible y no tengan la entidad suficiente para excluir la responsabilidad, incurrirá en pena no mayor de la mitad del máximo, ni menor de la sexta parte del mínimo de la señalada en la respectiva disposición.

Del texto transcrito surge que las circunstancias allí previstas de marginalidad, ignorancia o pobreza extremas no son excluyentes de responsabilidad sino diminuyentes de la punibilidad, pero siempre que hayan influido directamente en la ejecución de la conducta punible.

Así las cosas, no son post delictuales, sino concomitantes, por lo que hacen parte del entramado fáctico, y, en ese orden, afectan la calificación jurídica y, por ende, los extremos punitivos del tipo penal. De manera que su existencia, tal como lo ha reconocido la Corporación, debe ser alegada, tratándose de allanamientos, en la audiencia preliminar de imputación, a efectos de que la fiscalía las conozca y se surta el debate contradictorio correspondiente.

Por consiguiente, si no se expusieron en esa instancia procesal de acogimiento a cargos, no resulta admisible aducirlas con posterioridad, en tanto ello comportaría una retractación."

Para zanjar el debate, se muestra oportuno precisar, que conforme al contenido del artículo 447 de la Ley 906 de 2004, cuando se trata de individualizar la pena y emitir sentencia con ocasión al allanamiento a cargos en la audiencia de formulación de imputación, la competencia del juez de conocimiento se circunscribe exclusivamente a abrir el debate sobre las condiciones individuales, familiares, sociales, modo de vivir y antecedentes de todo orden del procesado, que le permitan determinar e individualizar la sanción a imponer conforme a los parámetros establecidos en el artículo 61 del Código Penal, sin que a ellas hagan parte las circunstancias que varían los extremos punitivos del tipo penal o las que modifican la imputación fáctica que la hacen diferente de tal modo que afectan el allanamiento o el preacuerdo.

En múltiples oportunidades la Corte así lo ha determinado:

"Ahora, en relación con los temas que en la diligencia prevista en el artículo 447 de la Ley 906 de 2004 se pueden discutir, la Sala ha sostenido que se restringen a las condiciones individuales, familiares, sociales, modo de vivir y antecedentes de todo orden del procesado, las cuales le permitirán al juez graduar la pena conforme a las previsiones del precepto 61 del Código Penal, dentro de las cuales están excluidas aquellas que modifican los extremos punitivos del tipo penal o que circunstancian el hecho tornándolo en uno distinto, en perjuicio del allanamiento o del preacuerdo.

Así, en CSJ AP, 10 may. 2006, rad. 25389 dijo:

Ahora bien, en la audiencia para la individualización de la pena, acto procesal necesaria e ineludiblemente subsiguiente a la aprobación del acuerdo (artículo 351 ídem), los intervinientes solamente pueden referirse a "las condiciones individuales, familiares, sociales, modo de vivir y antecedentes de todo orden del culpable" y a la probable determinación de la pena y la concesión de los sustitutos de la sanción, aspectos únicos sobre los cuales el legislador admitió alguna actividad probatoria (artículo 447 íbidem).

Cierto es que, el artículo 29 de la C.P., autoriza a los intervinientes en el proceso penal a solicitar la práctica de las pruebas que resulten pertinentes y conducentes con la materia objeto de debate, pero bajo el postulado de que tal derecho se ejerza en los términos en que la ley lo establezca, pues el ejercicio de las garantías es doble dentro del marco del debido proceso y la aplicación sistemática de las disposiciones que regulan la materia.

Si el preacuerdo, como modalidad de justicia consensuada a través de un procedimiento abreviado, implica la aceptación de responsabilidad penal en forma anticipada, disponer de parte del rito procesal, renunciar al debate fáctico y probatorio y, se rige por los principios de irretractabilidad, eventualidad, preclusión y seguridad jurídica, resulta extraño a dicho mecanismo jurídico la tesis de la defensa, en el sentido de que se le desconoce el debido proceso al inculcado, al haberse negado, luego de aprobado el acuerdo, la práctica de la prueba testimonial ofrecida en la audiencia de individualización de la pena para demostrar que JHON NELSON TRUJILLO MORALES obró en exceso de legítima defensa, pues tal pretensión con respaldo probatorio mínimo, por lo que resultaba ajena al acto procesal cumplido, en el que por expreso mandato del artículo 447 del C.P.P. no tenía cabida dicho debate probatorio, además de que la propuesta constituía una manifiesta violación a la prohibición de retractación a la que alude

el artículo 293 ejusdem.”

También señaló²:

“Por lo tanto, se reitera, la diligencia contemplada en el artículo 447 de la Ley 906 de 2004 no es un espacio propicio para alegar circunstancias que puedan afectar los extremos punitivos de la sanción, frente a aspectos que tuvieron incidencia directa al momento de la comisión del delito, tales como los dispositivos amplificadores del tipo (tentativa y coparticipación, arts. 27 y 29 C.P., respectivamente), la determinación de los delitos continuados o masa (par. art. 31 C.P.), el exceso en las causales de justificación (inc. 2 num. 7º art. 32 C.P.), la situación de marginalidad, ignorancia o pobreza extremas (art. 56 C.P.) y la ira o el intenso dolor (art. 57 C.P.).

(...)

En suma, a la diligencia propia del artículo 447 de la Ley 906 de 2004, se arriba con una determinación concreta –por vía ordinaria o la extraordinaria de acuerdos y preacuerdos, siempre y cuando estos no contengan ya la especificación de una sanción individualizada- de los límites mínimo y máximo de pena, e incluso del cuarto dentro del cual ha de ubicarse el juez, como quiera que el relativo arbitrio otorgado al funcionario para dosificar la sanción, no supera este hito –inciso tercero del artículo 61 del Código Penal-, y a ello precisamente es que apelan las partes cuando de alegar en torno de las condiciones individuales, familiares, sociales, modo de vivir y antecedentes de todo orden del culpable, se trata.”

Afin con el caso que se revisa, dijo³:

“(…) cuando las partes válidamente han celebrado un acuerdo con el que han pactado la pena a imponerse, como sucedió en este evento, ninguna alegación puede hacerse con el propósito de modificar el monto de la sanción.

(...)

En suma, no podía ser más equivocado el planteamiento del recurrente, cuando estima que debe declararse la nulidad de lo actuado por no haberse realizado un pronunciamiento sobre la situación de marginalidad contenida en el artículo 56 del Código Penal, pues, desconoce que por haberse celebrado un acuerdo que marginó la misma, no le era dable a las instancias aludir a circunstancias que atañen directamente a la adecuación típica de la conducta punible.

Así las cosas, la circunstancia de marginalidad extrema corresponde a un fenómeno que se estructura al momento de la comisión de la conducta, por lo que resulta inescindible de ésta, como que permite su individualización y la caracteriza, pues se refiere a aquellas condiciones propias de modo o lugar en que se ejecutó el hecho, a manera de ejemplo, la tentativa (artículo 27 Código Penal), la complicidad (artículo 30 Ib), el exceso en las causales de exoneración de responsabilidad (artículo 32, numeral 7, inciso 2 Ib), el estado de ira o de intenso dolor (artículo 57 Ib), etc.

La censora, entonces, se equivoca al pretender que, luego del allanamiento a cargos, en donde no se incluyó la circunstancia de marginalidad extrema del acusado, se pueda alegar ella durante la audiencia de individualización de pena y sentencia del artículo 447 del Código de Procedimiento Penal.

Dar paso a esa tesis sería desnaturalizar la esencia del debido proceso dentro del sistema procesal penal de la Ley 906 de 2004, habida cuenta que esa audiencia no está prevista para adelantar un debate

² CSJ SP, 16 may. 2007, rad. 26716.

³ CSJ AP, 21 ago. 2013, rad. 41596.

probatorio en punto de aspectos propios de la conducta punible, que modifiquen la calificación jurídica ni los extremos punitivos del tipo penal. Esos asuntos, polémicos o controversiales, atentan contra la teleología de ese acto procesal!"

Acorde con todo lo anterior debe advertirse que sobre el tema traído ahora a discusión el Tribunal ha trazado una consistente línea jurisprudencial, pacífica por lo demás, direccionada a concebir la audiencia de formulación de imputación como el único escenario judicial válido para proponer y examinar el tema atinente al reconocimiento o no de las bondades punitivas previstas en el artículo 56 del Código Penal, ello desde luego, cuando en la reseñada audiencia preliminar el imputado ha hecho expresa y libre manifestación de allanarse a los cargos, se cita lo que reiteradamente se ha dicho:

"La comprobación de las circunstancias en comento (las previstas en el artículo 56 del Código Penal), tiene un espacio específico destinado en la actuación, con determinante relevancia cuando se trate de asuntos donde ha operado la forma temprana de terminación del proceso penal, de tal manera que de no hacerse allí, precluye la oportunidad para hacerse luego. De manera pacífica el Tribunal ha precisado que el único escenario dispuesto para proponer y discutir la presencia de las circunstancias de que habla el ya varias veces mencionado artículo 56 del Código Penal, desde luego en aras de lograr los alivios punitivos contemplados en la norma, es la audiencia de formulación de imputación".⁴

En similar sentido esta Corporación se pronunció en las sentencias con radicados 8708⁵ y 5566⁶ del 3 de febrero de 2013 y mayo 8 de 2013, y en otras más recientes, con radicado 10628⁷ de julio 2 de 2014 y 10360⁸ de julio 10 de 2015, y 9809⁹ de junio 10 de 2015.

En consecuencia, resta por decir que de haber coexistido la circunstancia de marginalidad como acompañante de la conducta del acusado al momento de su realización, es evidente que debió alegarse en el acto de la imputación como un derecho a favor del indiciado.

Según las constancias procesales, todo indica que tal circunstancia no se avizoraba en las primeras actuaciones de investigación, razón por la que los intervinientes no se ocuparon de ella en la formulación de imputación, por lo que como es obvio en ese momento procesal nada dijo al respecto.

Es más, resulta relevante indicar que la imputación sin tener en cuenta la marginalidad, aun así, el señor JAZL, debidamente acompañado de su abogado defensor aceptó cargos de manera pura y simple, siendo lo indicado como único paso a seguir dictar la sentencia respectiva, -se insiste- dada la condición de irretroactividad que tiene el allanamiento a cargos, salvo que se aduzca la violación de derechos y garantías fundamentales.

Se reitera, la circunstancia de marginalidad o pobreza pudo haber sido objeto de preacuerdo o negociación entre la Fiscalía y el imputado a cambio de la aceptación de cargos, lo que evidentemente no acaeció, porque como se observó, el imputado con el acompañamiento de su defensor, optó por la aceptación unilateral de cargos.

Frente a tal situación, es evidente que el Juzgado de conocimiento no estaba obligado a entrar a examinar la marginalidad o pobreza como atenuante de la punibilidad, cuando de por medio estaba el allanamiento a cargos del imputado y en ningún momento se puso en duda que fue otorgado de manera libre, voluntaria y debidamente informada; empero, contrario a ello, el *a quo* se dispuso a estudiar la situación a él propuesta porque a su criterio *los trámites abreviados donde la premura impide al implicado y su defensa desplegar una actividad dinámica en pos de la consecuencia de la evidencia en el sentido pretendido*, apalancando ello, bajo discernimientos constitucionales dejando primar lo sustancial sobre lo formal.

⁴ Sentencia del 18 de diciembre de 2012, radicado N.I. 6468, con ponencia del Magistrado FRANCO SOLARTE PORTILLA.

⁵ M.P. Dra. Gloria Oviedo Zambrano

⁶ ibídem

⁷ M.P. Dr. Franco Solarte Portilla

⁸ M.P. Dr. Silvio Castrillón Paz

⁹ M.P. Dr. Jaime Cabrera Jiménez

Pero dicha argumentación carece de sustento para la Magistratura, en razón a que la audiencia del artículo 447 del Código Penal no es el momento procesal para solicitar el reconocimiento de la situación de marginalidad, en vista que como a esta audiencia se llega cuando se ha anunciado el sentido del fallo condenatorio, entonces la responsabilidad del acusado ya está debidamente demostrada o aceptada por el interesado, al igual que se encuentra establecida la forma de autoría o participación, como también todas las circunstancias genéricas y específicas, modificadoras y no modificadoras de los límites punitivos, que en conjunto determinan en qué cuarto de movilidad punitiva se debe ubicar el juez para imponer la condena en concreto.

Como se dejó acotado en la reseña normativa y jurisprudencial, debe reiterarse que la audiencia de individualización de pena y sentencia da lugar a la existencia de un debate probatorio, pero exclusivamente dirigido a demostrar las condiciones individuales, familiares, sociales, modo de vivir y antecedentes de todo orden del procesado, el que servirá únicamente para que el juez determine la pena a imponer dentro del cuarto de movilidad previamente establecido, valorando *"(...) la necesidad de pena y la función que ha de cumplir en el caso concreto"*, sin que esto signifique modificar las circunstancias que gradúen el injusto, de acuerdo a lo establecido en el artículo 61 inciso 3º del Código Penal.

Por ende, se hace indispensable recordarle al Fallador que con el allanamiento a la imputación fáctica y jurídica efectuada por la Fiscalía, el procesado JAZL, admitió fácticamente ser el responsable de la conducta punible que se le endilga, en los términos en que se le formuló la imputación jurídica, y de ello, deviene la renuncia al derecho de no autoincriminación y a un juicio público y contradictorio, en el que se debata su responsabilidad en la comisión del ilícito; por esta principalísima razón es que pierde la posibilidad de solicitar la modificación de dicha imputación.

Como la situación o circunstancia de marginalidad no fue tomada en cuenta por el Fiscal al momento de imputar los cargos, porque no tenía elementos de prueba que orientaran su procedibilidad, y el procesado ZL, los aceptó sin ningún reparo, de forma voluntaria y debidamente asesorado por el defensor, entonces la petición de reconocimiento de la aminorante de pena elevada por el litigante se puede considerar como una forma de modificación unilateral de los cargos y hasta de *"retractación"*, situación que está totalmente prohibida por la ley y la jurisprudencia.

Por lo tanto, la Sala considera que dadas las notas características del procedimiento abreviado o anticipado que escogió el imputado con el acompañamiento de su defensor, no es posible entrar a variar los términos del allanamiento a cargos, aceptación que condensada en la audiencia de formulación de imputación hace las veces de acusación.

Así las cosas, resulta inviable ingresar al estudio fáctico y jurídico de la circunstancias de marginalidad reclamada por el recurrente, lo que a su vez y por sustracción de materia no da paso al escrutinio del subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, imponiéndose la confirmación de la decisión objeto de alzada.

III. LA DECISIÓN

Por lo expresado, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, en Sala de Decisión Penal, administrando justicia y por autoridad de la ley, **Resuelve:**

1º. Confirmar la sentencia de la naturaleza y procedencia conocidas, pero de acuerdo a las motivaciones expuestas en este proveído.

2º. Esta decisión se notifica en estrados y se hace saber que en su contra procede el recurso extraordinario de casación.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

JOSÉ ANÍBAL MEJÍA CAMACHO

Magistrado Ponente

FRANCO SOLARTE PORTILLA

Magistrado

BLANCA ARELLANO MORENO

Magistrada

MIGUEL ÁNGEL SÁNCHEZ ACOSTA

Secretario

Patrocinadores



INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA CESMAG

*IES SUJETA A INSPECCIÓN Y VIGILANCIA POR EL
MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL



PROFESIONALES

- **DERECHO**
10 Semestres / Jornada Diurna y Nocturna
Cod. SNIES 52939 (Reg. Calificado)
- **ADMINISTRACIÓN DE EMPRESAS**
10 Semestres / Jornada Diurna
Cod. SNIES 19787 (Reg. Calificado)
- **CONTADURÍA PÚBLICA**
10 Semestres / Jornada Diurna y Nocturna
Cod. SNIES 19788 (Reg. Calificado)
- **ARQUITECTURA**
10 Semestres / Jornada Diurna
Cod. SNIES 19979 (Reg. Calificado)
- **LIC. EN EDUCACIÓN FÍSICA**
10 Semestres / Jornada Diurna
Cod. SNIES 16489 (Reg. Calificado)
- **LIC. EN EDUCACIÓN PREESCOLAR**
10 Semestres / Jornada Diurna
Cod. SNIES 16491 (Reg. Calificado)
- **INGENIERÍA DE SISTEMAS**
10 Semestres / Jornada Diurna - Nocturna
Cod. SNIES 20376 (Reg. Calificado)
- **PSICOLOGÍA**
10 Semestres / Jornada Diurna
Cod. SNIES 53874 (Reg. Calificado)
- **DISEÑO GRÁFICO**
10 Semestres / Jornada Diurna
Cod. SNIES 19062 (Reg. Calificado)
- **INGENIERÍA ELECTRÓNICA**
10 Semestres / Jornada Diurna
Cod. SNIES 90715 (Reg. Calificado)

TECNOLÓGICOS

- **GESTIÓN FINANCIERA**
6 Semestres
Jornada Nocturna
Cod. SNIES 91504 (Reg. Calificado)
- **CONTABILIDAD Y FINANZAS**
6 Semestres
Jornada Diurna y Nocturna
Cod. SNIES 91503 (Reg. Calificado)

ESPECIALIZACIÓN

- **GERENCIA DE PROYECTOS**
Cod. SNIES 104875 (Reg. Calificado)

MAESTRIAS

- **DERECHO PROCESAL**
Convenio UNIVERSIDAD DE MEDELLÍN Cod. SNIES 90644
- **TRIBUTACIÓN Y POLÍTICA FISCAL**
Convenio UNIVERSIDAD DE MEDELLÍN Cod. SNIES 102615
- **MERCADEO**
Convenio UNIVERSIDAD DE MANIZALES Cod. SNIES 102549
- **EDUCACIÓN DESDE LA DIVERSIDAD**
Convenio UNIVERSIDAD DE MANIZALES Cod. SNIES 90808
- **DESARROLLO SOSTENIBLE Y MEDIO AMBIENTE**
Convenio UNIVERSIDAD DE MANIZALES Cod. SNIES 53955

Cra. 20A No 14 - 54
PBX: 7216535 - EXT: 239

www.iucesmag.edu.co

Javier Goyes Rodríguez

ABOGADOS ESPECIALIZADOS

Edificio Pasto Plaza - Oficina 504 Tel. 7290781 Fax: 092 7225566
Cels: 300 614 47 49 - 300 608 36 70
javiergoyesabogado@gmail.com
Cra. 24 No. 19 - 33 - Pasto



Fernando José Cárdenas Guerrero

Abogado
Pontificia Universidad Javeriana

Edificio Pasto Plaza - Oficina 316 - Carrera 24 No. 19 - 33
Teléfono 722 7624 Celular 316 4781852 - San Juan de Pasto
Correos: fercardenas@cardenasabogadospasto.com.co
cardenasabogadospasto@hotmail.com

Luis Alfredo Fajardo Arturo
Abogado

Calle 18 No. 24 - 29 Oficina 401 C.C. Los Andes
Tel. 7 232618 Cel. 315 406 2948
luisalfredofajardoa@gmail.com

Ruth Amalfi Ramírez Muñoz

Abogada

Especialista en Derecho Público
Administrativo - Laboral - Disciplinario
Contencioso Administrativo - Relaciones Industriales

Cra. 24 No. 19 - 33 Of. 501 Ed. Pasto Plaza
Tel. 7227434 - Cel. 317 4333313

ruthamalfi@ruthamalfi.com

San Juan de Pasto

Luis Alberto Ramírez González

CONSULTOR JURÍDICO
ABOGADO UNIVERSIDAD DEL CAUCA

CRA. 24 No. 19 - 33 EDIFICIO PASTO PLAZA OF. 214
CEL. 315 435 7724 TELEFAX. 7227426
RAMIREZGONZALEZABOGADO@HOTMAIL.COM
SAN JUAN DE PASTO

*La causa de los trabajadores
demanda, cerebro y corazón
más allá del éxito
y la justa remuneración.*

HAROLD MOSQUERA RIVAS
Abogado laboralista al servicio
de los trabajadores
Edificio Pasto Plaza – Oficina 501
San Juan de Pasto

WALDIR CÁCERES CUERO
Abogado

Calle 53B No. 24-80
Oficina 711 Torre Ejecutiva
Cel: (304)617 62 61 – (314)234 68 49
Tel (1)346 0524
e-mail: defensaley@hotmail.com
Bogotá - Colombia

CONTENIDO

DIGNATARIOS DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PASTO.	5
MAGISTRADOS QUE INTEGRAN LA CORPORACIÓN PERIODO 2016	7
MAGISTRADOS QUE INTEGRAN LA CORPORACIÓN PERIODO 2016, SALA PLENA	8
MAGISTRADOS QUE CONFORMAN LA CORPORACIÓN PERIODO 2016, EMPLEADOS Y JUDICANTES	9
PRESENTACIÓN	11
LISTA DE JUECES Actualizada a 30 de enero de 2017	13
JURISPRUDENCIA	17

SALA CIVIL – FAMILIA

1- DERECHO FUNDAMENTAL A LA FILIACIÓN / ACCIÓN DE IMPUGNACIÓN DE LA PATERNIDAD ACUMULADA CON RECLAMACIÓN DE PATERNIDAD / PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE LA PRIMACÍA DEL DERECHO SUSTANCIAL SOBRE EL ADJETIVO	19
2- CONTRATO DE SEGURO DE DAÑOS CORPORALES DE VÍCTIMAS DE ACCIDENTES DE TRÁNSITO - PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA: Normatividad Aplicable, Término e Interrupción	27
3- RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL POR DAÑO AL MEDIO AMBIENTE – Falta de Legitimación en la Causa por Pasiva de la Aseguradora. / RESPONSABILIDAD CIVIL POR DAÑO AMBIENTAL IMPROPIO POR DERRAME DE HIDROCARBUROS – Elementos	41
4- INTERPRETACIÓN DE LA DEMANDA. / SIMULACIÓN RELATIVA POR INTERPUESTA PERSONA: No se configura. / CONTRATO DE MANDATO OCULTO - Declaración de Existencia y Cumplimiento	71
5- DIVORCIO DE MATRIMONIO CIVIL – Causales 2ª y 3ª art. 154 del C.C. / OBLIGACIÓN ALIMENTARIA – Requisitos	91
6- RESPONSABILIDAD CIVIL - PRINCIPIO DE CONGRUENCIA: La determinación por parte del juzgador, del tipo de responsabilidad civil de que se trata, una vez verificados los hechos y efectuado el correcto ejercicio hermenéutico, no vulnera la congruencia. / RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL – Presupuestos / RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL – Requisitos / PERJUICIOS	102
7- RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL POR EL EJERCICIO DE ACTIVIDADES PELIGROSAS DE CONDUCCIÓN DE AUTOMOTORES – Presupuestos. / LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA: Se predica tanto del autor del hecho como del guardián material de la cosa causante del daño./ RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL POR EL EJERCICIO DE ACTIVIDADES PELIGROSAS DE CONDUCCIÓN DE AUTOMOTORES – Al operar la presunción de culpa respecto del autor o guardián de la cosa, éste solo podrá exonerarse de dicha responsabilidad probando la concurrencia de una causa extraña.	117

8- UNIÓN MARITAL DE HECHO - Diferencias con la Sociedad Patrimonial entre Compañeros Perma- nentes./ SOCIEDAD PATRIMONIAL DE HECHO ENTRE COMPAÑEROS PERMANENTES - Presupues- tos. / SOCIEDAD PATRIMONIAL DE HECHO ENTRE COMPAÑEROS PERMANENTES - La existencia de un vínculo matrimonial anterior, impide su configuración	131
---	-----

SALA LABORAL

1- COMPATIBILIDAD DE LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN Y LA DE VEJEZ AL EFECTUAR COTIZACIONES EN CALIDAD DE TRABAJADOR DEL SECTOR PÚBLICO Y PRIVADO – Al ser las cotizaciones simultáneas, la compatibilidad no procede	145
2- CONTRATO DE TRABAJO – Carga de la Prueba:/ CONTRATO DE TRABAJO – Requisitos	155
3- INCAPACIDADES DE ORIGEN PROFESIONAL - Responsabilidad de las ARL en el pago de obligaciones derivadas de un riesgo laboral./ SUBSIDIO POR INCAPACIDAD MÉDICA LABORAL – CÁLCULO: Determinación del IBL	161
4- PENSIÓN FAMILIAR – RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACIÓN DEFINIDA: Requisitos	173
5- SUCESIÓN PROCESAL POR MUERTE DE UN LITIGANTE – Al ser facultativa, no es imperativo que acudan al proceso todos los que consideren tener derecho sucesoral o vocación hereditaria, así como tampoco que comparezca el cónyuge supérstite./ COMPATIBILIDAD DE PENSIÓN DE JUBILACIÓN EXTRALEGAL CON PENSIÓN DE VEJEZ - Las pensiones extralegales y la de vejez son compatibles cuando se hubiesen causado antes del 17 de octubre de 1985, salvo que se pacte lo contrario en la respectiva convención colectiva.	179
6- PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES – REQUISITOS – Convivencia: Debe ser real y efectiva. / CONVIVENCIA: Si ésta se pierde, de manera que desaparezca la vida en común de la pareja, su vínculo afectivo, se deja de ser miembro del grupo familiar del otro, por lo que igualmente se deja de ser beneficiario de su pensión de sobreviviente	186

SALA PENAL

1- INCIDENTE DE DESACATO – Sí puede ser promovido aún antes de que la decisión que dispone amparar los derechos fundamentales y emitir órdenes a las autoridades vulneradoras, haya sido revisada por la Corte Constitucional	197
2- PREACUERDOS – CONTROL MATERIAL: Estos obligan al juez de conocimiento, salvo vulneración de garantías fundamentales./ PREACUERDOS - Límites del Control Material y el Principio de Congruencia. / PREACUERDOS - Principios de Flexibilidad de la Imputación Jurídica y Progresividad de la Actuación Procesal. / PREACUERDOS – Valoración Probatoria./ PREACUERDOS – CONTROL JUDICIAL: No consiste en hacer prevalecer su criterio sobre el de la Fiscalía en cuanto a la calificación jurídica de la conducta. / PREACUERDOS: Modalidades -	215
3- AUDIENCIA PREPARATORIA / DECRETO DE PRUEBAS - PRUEBA TESTIMONIAL – ENTREVISTA: No tiene por sí misma valor probatorio./ DEBIDO PROCESO DE LA PRUEBA TESTIMONIAL – ENTREVISTA: Para que se decrete el testimonio, no es requisito esencial que previamente se haya surtido la entrevista al potencial testigo./ DECRETO DE PRUEBAS – Admisibilidad de medios probatorios.	229
4- AUTO ABSTIENE COMPULSAR COPIAS DISCIPLINARIAS O QUE DECIDE NO INICIAR TRÁMITE CORRECCIONAL CONTRA UN LITIGANTE – No admite apelación./ CONCURSO DE DELITOS – Dosificación Punitiva. / INHABILIDAD CONSTITUCIONAL DEL ARTÍCULO 122 - Carácter intemporal. Opera de pleno derecho, sin orden judicial./ SUSPENSIÓN CONDICIONAL DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA – Requisitos	240

5- AUDIENCIA DE FORMULACIÓN DE ACUSACIÓN – OBJETIVO: Saneamiento del proceso en relación con el juez y la estructura procesal./ AUDIENCIA DE FORMULACIÓN DE ACUSACIÓN – NULIDADES PROCESALES: El examen de las nulidades en esta etapa es formal. / AUDIENCIA DE FORMULACIÓN DE ACUSACIÓN – NULIDADES PROCESALES: La ilegitimidad de un medio de convicción se confronta en la Audiencia Preparatoria no en la de Formulación de Acusación	255
6- PREACUERDOS – CONTROL MATERIAL: Estos obligan al juez de conocimiento, salvo vulneración de garantías fundamentales. / SUSPENSIÓN CONDICIONAL DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA – Normatividad Aplicable. / PREACUERDOS - SUSPENSIÓN CONDICIONAL DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA: Conforme las normas aplicables, al ser objeto de acuerdo, no aplica la prohibición legal de su concesión al estar el delito por el cual se procede excluido de tal beneficio	262
7- PRUEBA DE REFERENCIA: La condena no puede basarse exclusivamente en este tipo de prueba. / INDICIOS: Complementan la prueba de referencia en orden a soportar una condena. / SENTENCIA CONDENATORIA: Convencimiento de la responsabilidad penal, más allá de toda duda	271
8- MARGINALIDAD, IGNORANCIA O POBREZA EXTREMAS – OPORTUNIDAD: Tratándose de una forma de terminación anticipada del proceso penal, el único escenario propicio para su discusión es la Audiencia de Formulación de Imputación	288
PATROCINADORES	299
ÍNDICE	305

Presidencia: Palacio de Justicia
Calle 19 No. 23 - 00 Bloque II Oficina 503
Telefax: 7 223706
Conmutador: 7 292851 ext. 153

Relatoría: Palacio de Justicia
Bloque II Oficina 405
Telefax: 7 290343

DIAGRAMACIÓN E IMPRESIÓN
EMPRESA EDITORA DE NARIÑO - EDINAR -
Carrera 21 No. 19 - 57 Centro
Teléfono: 7200952
San Juan de Pasto