El Foro Nariñés

ÓRGANO DE DIFUSIÓN DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PASTO

Número 250
San Juan de Pasto
2018

PRESIDENTA: ***MARCELA ADRIANA CASTILLO SILVA***
RELATORA: ***CARMEN ALICIA SOLARTE BENITEZ***
DISEÑO E IMPRESIÓN: ***EMPRESA EDITORA DE NARIÑO- EDINAR***
DISEÑO PORTADA: ***OMAR JOSHEP BENAVIDES***
FOTOGRAFÍAS INTERNAS Y PANORÁMICA DE PASTO: ***ROBERTO CAICEDO CERÓN***
FOTOGRAFÍAS PORTADA: ***OFICINA DE PRENSA GOBERNACIÓN DE NARIÑO***
FOTOGRAFÍA CUMBITARA: ***ALCALDÍA MUNICIPAL DE CUMBITARA***
FOTOGRAFÌA EL CONTADERO: ***MARITZA HORMAZA LUCERO***
FOTOGRAFÍA BARBACOAS: ***MANUEL QUIÑONEZ CABEZAS***

MANOS MÁGICAS

Nariño es uno de los Departamentos de Colombia con mayor diversidad biológica y cultural, cuyo desarrollo se encuentra íntimamente ligado a la producción agropecuaria, pesquera, turística y en gran medida a la producción manufacturera, constituyendo este un sector de gran importancia en tanto los objetos elaborados artesanalmente forman parte de la historia, de la identidad, de la esencia y de la cultura del pueblo nariñense.

Dotados de gran habilidad y creatividad, con dedicación las artesanas y artesanos nariñenses día a día, a lo largo y ancho del territorio, desde la costa pacífica, pasando por la región andina y hasta las estribaciones del piedemonte amazónico, mediante sus manos laboriosas y mágicas transforman las materias primas creando verdaderas obras de arte. Es así como utilizando la paja toquilla o iraca, se elaboran hermosos sombreros y un sinnúmero de accesorios. Los tallos dorados de las espigas del trigo y otros cereales dan lugar a finas artesanías utilizando la técnica del enchapado en tamo. Empleando cinceles y martillos se repuja el cuero y se talla la madera, dando vida a delicadas obras de excepcional belleza. Así mismo las manos artísticas del artesano orfebre dan origen a impresionantes y cuidadosamente elaboradas joyas de filigrana en oro y plata, además de otros metales preciosos.

Y transformando una resina vegetal, mediante un elaborado proceso cuyos orígenes se remontan a épocas prehispánicas, surge una manifestación cultural única en el mundo, la técnica artesanal del Barniz de Pasto o Mopa Mopa, declarada Patrimonio Cultural Inmaterial de Colombia. Técnica milenaria y ancestral que ha pasado de generación en generación, mediante la cual se crean piezas de infinitos diseños de inigualable belleza y colorido.

Por su parte, las manos recias y fuertes de los labriegos con su trabajo arduo y constante, a través del tiempo, han transformado el paisaje con infinitos sembradíos y parcelas, formando cuadros pintorescos, lo que ha dado lugar a que al Departamento se lo conozca como ***"NARIÑO TAPIZ DE RETAZOS".***

TRIBUNAL SUPERIOR
DISTRITO JUDICIAL DE PASTO
Periodo Febrero de 2018 a Enero de 2019

DIGNATARIOS

SALA DE GOBIERNO

DRA. MARCELA ADRIANA CASTILLO SILVA
PRESIDENTA

DRA. BLANCA LIDIA ARELLANO MORENO
VICEPRESIDENTA

DRA. AÍDA MÓNICA ROSERO GARCÍA
PRESIDENTA SALA CIVIL – FAMILIA

DR. JUAN CARLOS MUÑOZ
PRESIDENTE SALA LABORAL

DR. FRANCO SOLARTE PORTILLA
PRESIDENTE SALA PENAL

SALA CIVIL-FAMILIA

DRA. MARCELA ADRIANA CASTILLO SILVA
DR. GABRIEL GUILLERMO ORTÍZ NARVÁEZ
DRA MARÍA MARCELA PÉREZ TRUJILLO
DRA. AÍDA MÓNICA ROSERO GARCÍA

SALA LABORAL

DRA CLARA INÉS LÓPEZ DÁVILA
DR. JUAN CARLOS MUÑOZ
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. CLARA FRANCIS CÁRDENAS JIMÉNEZ
SECRETARIA GENERAL

DR. NESTOR GABRIEL CABRERA
SECRETARIO SALA CIVIL-FAMILIA

DR. JAMES RODRÍGUEZ ROSERO
SECRETARIO SALA LABORAL (E)

DR. MIGUEL ÁNGEL SÁNCHEZ ACOSTA
SECRETARIO SALA PENAL

DRA. CARMEN ALICIA SOLARTE BENITEZ
RELATORA

Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto - 2018

Sentados de izquierda a derecha, Sala de Gobierno, doctores: Blanca Lidia Arellano Moreno (Vicepresidenta Tribunal Superior), Juan Carlos Muñoz (Presidente Sala Laboral), Marcela Adriana Castillo Silva (Presidenta Tribunal Superior), Franco Solarte Portilla (Presidente Sala Penal) y Aida Mónica Rosero García (Presidenta Sala Civil-Familia).

De pie, de izquierda a derecha, doctores: Clara Francis Cárdenas Jiménez (Secretaria General), Clara Inés López Dávila, Gabriel Guillermo Ortíz Narváez, Claudia Cecilia Toro Ramírez, Silvio Castrillón Paz, José Aníbal Mejía Camacho, María Marcela Pérez Trujillo y Carmen Alicia Solarte Benitez (Relatora).

Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto - 2018

De izquierda a derecha Señores Magistrados: Aída Victoria Lozano Rico, Silvio Castrillón Paz, Clara Inés López Dávila, Héctor Roveiro Ágredo León, Marcela Adriana Castillo Silva, Juan Carlos Muñoz, Blanca Lidia Arellano Moreno, Gabriel Guillermo Ortíz Narváez, Aida Mónica Rosero García, Franco Solarte Portilla, Claudia Cecilia Toro Ramírez, Empleados y Judicantes.

PRESENTACIÓN

Tengo el inmenso honor de presentar ante ustedes la edición No. 250 de la Revista El Foro Nariñés, que ha sido durante años el lugar de encuentro del trabajo serio y honesto de los magistrados y magistradas del Tribunal Superior de Pasto, el cual refleja en gran medida la aprobación del arduo laborío de todos los Jueces, Juezas y colaboradores de cada uno de los despachos ubicados a lo largo de la inmensa geografía de esta hermosa región de Colombia.

Esta publicación tiene la aspiración de servir de fuente de reflexión y discusión para el mejor ejercicio de una tarea que cada día exige mayor aplicación de nuestra parte, porque sin duda alguna constituye el bastión de quienes necesitan ser protegidos y acceder a aquellas prerrogativas que requiere la existencia, en tiempos en que parece difícil alcanzar tal cosa.

Por eso, con la seguridad de encontrar eco en los servidores de la justicia, les llamo a continuar prestando sus mejores oficios, ejerciendo con pundonor el noble laborío de lograr el efectivo entendimiento de quienes desde esquinas opuestas vienen a nosotros en búsqueda de una esperanza de solución efectiva de sus problemas; porque de no hacerlo daremos paso a un entorno endurecido que irá impulsando el declive de los seres que habitamos este hermoso punto azul claro enclavado en el universo.

Reitero el agradecimiento, por el empeño que los jueces ponen en su tarea y espero que las providencias condensadas en este número puedan ser de utilidad en su nobilísima labor de administrar justicia.

Por último deseo resaltar y agradecer la eficaz colaboración prestada por el doctor CAMILO ERNESTO ROMERO GALEANO, Gobernador del Departamento de Nariño y a las entidades y particulares que se vincularon para hacer posible la publicación de la Revista.

MARCELA ADRIANA CASTILLO SILVA
Presidenta Tribunal Superior de Pasto

JUEZAS Y JUECES DEL DISTRITO JUDICIAL DE PASTO
A 30 DE ENERO DE 2019

CIRCUITO: PASTO

MIRTHA LUCIA CEBALLOS VALENCIA	Juzgado Primero Penal Especializado
JORGE EDMUNDO GONZÁLEZ BASTIDAS	Juzgado Segundo Penal Especializado
NANCY JOSEFINA VILLARREAL CORAL	Juzgado Primero Penal del Circuito
CONSTANZA MUÑOZ SANTANDER	Juzgado Segundo Penal del Circuito
NUBIA ESMERALDA JARAMILLO VALLEJO	Juzgado Tercero Penal del Circuito
GLAUCO IVÁN BENAVIDES HERNÁNDEZ	Juzgado Cuarto Penal del Circuito
MARIA VICTORIA BENAVIDES JURADO	Juzgado Quinto Penal del Circuito
ANA PATRICIA QUIJANO VODNIZA	Juzgado Primero Ejecución Penas y Medidas Seguridad
RICHARD GONZALO FLÓREZ CARVAJAL	Juzgado Segundo Ejecución Penas y Medidas Seguridad
ÁLVARO VICENTE ANDRADE RESTREPO	Juzgado Tercero Ejecución Penas y Medidas Seguridad
EDGAR GERARDO ROMO LUCERO	Juzgado Penal del Circuito Conocimiento Adolescentes
ANA CRISTINA CIFUENTES CÓRDOBA	Juzgado Primero Civil del Circuito
MARÍA CRISTINA LÓPEZ ERASO	Juzgado Segundo Civil del Circuito
RODRIGO NELSON ESTUPIÑÁN CORAL	Juzgado Tercero Civil del Circuito
JORGE ARMANDO BENAVIDES MELO	Juzgado Cuarto Civil del Circuito
MAURICIO BENAVIDES ZAMBRANO	Juzgado Primero Civil del Circuito Restitución de Tierras
PAOLA ANDREA GUERRERO OSEJO	Juzgado Segundo Civil del Circuito Restitución de Tierras
LUÍS ANDRÉS ZAMBRANO CRUZ	Juzgado Tercero Civil del Circuito Restitución de Tierras
JOSÉ ALFREDO VALLEJO GOYES	Juzgado Cuarto Civil del Circuito Restitución de Tierras
MERCEDES VICTORIA ORTÍZ NARVÁEZ	Juzgado Primero de Familia del Circuito
MARÍA GENITH ALVAREZ PONCE	Juzgado Segundo de Familia del Circuito
JORGE EFRAIN NAVIA LÓPEZ	Juzgado Tercero de Familia del Circuito
RITA JIMENA PAZOS BARRERA	Juzgado Cuarto de Familia del Circuito
MIGUEL ANTONIO GOYES ANDRADE	Juzgado Quinto de Familia del Circuito
GERMÁN EDUARDO PÉREZ SEPULVEDA	Juzgado Sexto del Familia del Circuito
ABRAHAM HERMES TIMARAN PEREIRA	Juzgado Primero Laboral del Circuito
MARIO RICARDO PAZ VILLOTA	Juzgado Segundo Laboral del Circuito
LUZ AMALIA ANDRADE ARÉVALO	Juzgado Tercero Laboral del Circuito
NOHORA UNIGARRO FIGUEROA	Juzgado Primero Penal Municipal de Conocimiento
MARÍA ELENA DÁVILA ORTÍZ	Juzgado Segundo Penal Municipal de Conocimiento
MARÍA FERNANDA NAVAS GARZÓN	Juzgado Tercero Penal Municipal de Conocimiento
AÍDA CRISTINA ARTEAGA RAMOS	Juzgado Cuarto Penal Municipal de Conocimiento
CRHISTIAN LEONARDO PANTOJA ORTÍZ	Juzgado Quinto Penal Municipal de Conocimiento
ANGIE MARIHELEN CÓRDOBA REGALADO	Juzgado Primero Penal Municipal Control de Garantías
JHON JAIRO RODRÍGUEZ SALAZAR	Juzgado Segundo Penal Municipal Control de Garantías
OSCAR RICARDO OJEDA GUERRERO	Juzgado Tercero Penal Municipal Control de Garantías
SANDRA MÓNICA VILLOTA INSUASTI	Juzgado Cuarto Penal Municipal Control de Garantías
CARLOS HERNANDO PEÑAFIEL ARÉVALO	Juzgado Quinto Penal Municipal Control de Garantías
EVA SOFIA SALCEDO GALVIS	Juzgado Primero Penal Municipal Adolescentes
HILDA RESTREPO SANCHEZ	Juzgado Segundo Penal Municipal Adolescentes
ROSALBA PASCUAZA RODRÍGUEZ	Juzgado Tercero Penal Municipal Adolescentes
ALVARO JAIME CAICEDO GUZMÁN	Juzgado Primero Penal Municipal Control Garantías Ambulante
MAGDA LORENA BELALCAZAR REVELO	Juzgado Segundo Penal Municipal Control Garantías Ambulante
MARTHA LIDA ROSERO HERNÁNDEZ	Juzgado Primero Civil Municipal
RICARDO ESTUPIÑÁN CORAL	Juzgado Segundo Civil Municipal
NIDIA LILIA PANTOJA DOMÍNGUEZ	Juzgado Tercero Civil Municipal
MARTHA YANET VALENCIA SALAS	Juzgado Cuarto Civil Municipal
OSCAR GABRIEL QUIJANO MELO	Juzgado Quinto Civil Municipal
DORIS GUADALUPE ARTEAGA DE MAYA	Juzgado Sexto Civil Municipal
KAROL LIZETTE BELTRÁN JARAMILLO	Juzgado Primero Pequeñas Causas y Competencia Múltiple
MARCELA DEL PILAR DELGADO	Juzgado Segundo Pequeñas Causas y Competencia Múltiple
JULY PAULINE OBANDO PAZ	Juzgado Laboral Pequeñas Causas

JUEZAS Y JUECES PROMISCUOS DEL CIRCUITO DE PASTO

ROCIO DEL CARMEN MARTÍNEZ LÓPEZ	Juzgado Promiscuo Municipal Buesaco
MARTHA LUCÍA JURADO SANTACRUZ	Juzgado Promiscuo Municipal Consacá
EYVAR RICARDO CIFUENTES CÓRDOBA	Juzgado Promiscuo Municipal El Tambo
MARÍA ISABEL ORTIZ MERA	Juzgado Promiscuo Municipal El Tablón de Gómez
DAVID ANDRÉS MELO DE LA ROSA	Juzgado Promiscuo Municipal La Florida
GILBERTO BAYARDO CASTRO MAYA	Juzgado Promiscuo Municipal Sandoná
MIGUEL ANDRÉS BENAVIDES HERNÁNDEZ	Juzgado Promiscuo Municipal El Peñol
MARÍA CRISTINA ROSAS VALENCIA	Juzgado Promiscuo Municipal Tangua
JESÚS ARMANDO BETANCOURT ZAMBRANO	Juzgado Promiscuo Municipal Yacuanquer
CARLOS ANDRÉS TORRES RODRÍGUEZ	Juzgado Promiscuo Municipal Taminango
GUSTAVO ANDRÉS VALENCIA BONILLA	Juzgado Promiscuo Municipal El Rosario
YUDI CRISTINA MARCILLO OBANDO	Juzgado Promiscuo Municipal Leiva
LUPE MARLY LEGARDA ROMÀN	Juzgado Promiscuo Municipal Policarpa
MARCELA GÓMEZ MUÑOZ	Juzgado Promiscuo Municipal Chachaguí
ARGEMIRO CAICEDO MONDRAGÓN	Juzgado Promiscuo Municipal Nariño
MARTHA ANDREA CALVACHE RUALES	Juzgado Promiscuo Municipal Ancuya

CIRCUITO: IPIALES

GERMÁN EDUARDO ORDÓÑEZ OSEJO	Juzgado Primero Penal del Circuito
MAGDA XIMENA VITERY NOGUERA	Juzgado Segundo Penal del Circuito
SERGIO RICARDO GUERRERO MARTÍNEZ	Juzgado Primero Civil del Circuito
EDMUNDO VICENTE CAICEDO VELASCO	Juzgado Segundo Civil del Circuito
CARMEN ALICIA SALAZAR MONTENEGRO	Juzgado Laboral del Circuito
BERNARDO ALFREDO RIASCOS GUERRERO	Juzgado Primero Penal Municipal
JORGE LUÍS MUÑOZ CAICEDO	Juzgado Segundo Penal Municipal
CLAUDIA LORENA MUÑOZ LÓPEZ	Juzgado Tercero Penal Municipal
CAMPO ELÍAS CÓRDOBA ARIAS	Juzgado Primero Civil Municipal
HILDA ISABEL CHAMORRO MORALES	Juzgado Segundo Civil Municipal
ADRIANA DEL PILAR MIRANDA MARTÍNEZ	Juzgado Primero Promiscuo de Familia
AMILCAR HERNÁN RODRÍGUEZ REINA	Juzgado Segundo Promiscuo de Familia
LEANDRO JAVIER MEJIA ORDOÑEZ	Juzgado Promiscuo Municipal Guachucal
MARÍA ALEXANDRA RUÍZ CHAMORRO	Juzgado Promiscuo Municipal El Contadero
MARÍA EUGENIA LÓPEZ LEÓN	Juzgado Promiscuo Municipal Potosí
RICARDO GERMAN CHAVES BUSTOS	Juzgado Promiscuo Municipal Aldana
CARLOS ALEXANDER CORAL CUATÍN	Juzgado Promiscuo Municipal Cumbal
MARÍA ELENA DELGADO ORDÓÑEZ	Juzgado Promiscuo Municipal Funes
RAMÓN ANDRÉS PALACIOS LÓPEZ	Juzgado Promiscuo Municipal Carlosama
CARLOS ALBERTO REVELO RISUEÑO	Juzgado Promiscuo Municipal Pupiales
LUÍS ENRIQUE CORAL ERASO	Juzgado Promiscuo Municipal Córdoba
DIANA MARCELA ÁLVAREZ ECHEVERRY	Juzgado Promiscuo Municipal Puerres
CARLOS OSWALDO GONZÁLEZ INSUASTY	Juzgado Promiscuo Municipal Gualmatán
OMAR AUGUSTO CHAMORRO CALVACHI	Juzgado Promiscuo Municipal Iles

CIRCUITO: TUMACO

OVIDIO JAVIER URBANO MARTÍNEZ	Juzgado Penal Circuito Especializado
JORGE ROBERTO ALVARADO VILLARREAL	Juzgado Primero Penal del Circuito
EDUARDO ARTURO VELASCO CÓRDOBA	Juzgado Segundo Penal del Circuito
MARTHA LUCÍA CERÓN FERNÁNDEZ	Juzgado Ejecución Penas y Medidas Seguridad
VÍCTOR HUGO RODRÍGUEZ MORÁN	Juzgado Primero Civil del Circuito
PABLO JOSÉ GÓMEZ RIVERA	Juzgado Segundo Civil del Circuito
TEÓFILO FRANCISCO FIGUEROA GÓMEZ	Juzgado Laboral del Circuito
MARIBEL SILVA BRAVO	Juzgado Promiscuo de Familia
LORENA DEL CARMEN PÉREZ ROSERO	Juzgado Primero Penal Municipal
JESÚS ARMANDO PORTILLA PORTILLA	Juzgado Segundo Penal Municipal
JHON ESTEBAN ORTEGA PUERTAS	Juzgado Tercero Penal Municipal
DEYANIRA MUÑOZ CALVACHE	Juzgado Primero Penal Municipal Adolescentes
DAYRA JENNI AGUILAR LÓPEZ	Juzgado Segundo Penal Municipal Adolescentes
CAROLINA SANZ ZAMUDIO	Juzgado Primero Civil Municipal
MARIO ALEJANDRO GÓMEZ MONTUFAR	Juzgado Segundo Civil Municipal
EDWIN LEONARDO MORÁN	Juzgado Promiscuo Municipal El Charco
MANUEL WILSON VILLARREAL ARÉVALO	Juzgado Promiscuo Municipal Francisco Pizarro
MARÍA EUGENIA RODRÍGUEZ MEJIA	Juzgado Promiscuo Municipal Olaya Herrera
OSCAR JAVIER MORA MORENO	Juzgado Promiscuo Municipal Mosquera
ERNESTO RODRÍGUEZ MURILLAS	Juzgado Promiscuo Municipal La Tola

CIRCUITO: TÚQUERRES

JOSÉ ELIAS PIARQUIZAN TOBAR	Juzgado Penal del Circuito
ANA ISABEL GUEVARA ORDÓÑEZ	Juzgado Civil del Circuito
CAYO MANLIO MIRANDA MONTENEGRO	Juzgado Promiscuo de Familia del Circuito
AURA LUZ RUBIO NARVAÉZ	Juzgado Primero Penal Municipal
ALBEIRO SALOMÓN CUATÍN NAVARRETE	Juzgado Segundo Penal Municipal
SANDRA MILENA MOLINA REALPE	Juzgado Primero Civil Municipal
JAIRO ESTEBAN ENRÍQUEZ GÓMEZ	Juzgado Segundo Civil Municipal
MANUEL ORLANDO CASTRO CALDERÓN	Juzgado Promiscuo Municipal Mallama
ESPERANZA DEL ROSARIO CÓRDOBA	Juzgado Promiscuo Municipal Guaitarilla
NIDIA MARLENY ROSERO MELO	Juzgado Promiscuo Municipal Imués
JUAN FERNANDO LÓPEZ MORA	Juzgado Promiscuo Municipal Ospina
STELLA JOHANNA DELGADO CADENA	Juzgado Promiscuo Municipal Sapuyes
JONATHAN EDUARDO OBANDO GUERRERO	Juzgado Promiscuo Municipal Santacruz- Guachavés
HUGO HERNÁN ROJAS NAVIA	Juzgado Promiscuo Municipal Ricaurte
CÉSAR ALIRIO NAVARRETE VEGA	Juzgado Promiscuo Municipal Providencia

CIRCUITO: LA UNIÓN

WILLIAM MAURICIO MOLINA ESPAÑA	Juzgado Penal del Circuito
ORLANDO SILVIO JAMAUCA RAMOS	Juzgado Civil del Circuito
MIGUEL ALIRIO PÉREZ YELA	Juzgado Promiscuo de Familia
GLADYS ALEXANDRA ERAZO MONTENEGRO	Juzgado Primero Promiscuo Municipal
ÁNGELA MARÍA BOTINA BENAVIDES	Juzgado Segundo Promiscuo Municipal
MARIO GERMÁN ARCINIEGAS TORO	Juzgado Promiscuo Municipal San Lorenzo
CARMEN XIMENA ARTEAGA GAVILANES	Juzgado Promiscuo Municipal Berruecos
JOHANNA ELIZABETH RUANO MEJÍA	Juzgado Promiscuo Municipal San Pedro de Cartago

CIRCUITO: LA CRUZ

MARIO ERNESTO LÓPEZ GARCÉS	Juzgado Promiscuo del Circuito
SANDRA MILENA MUÑOZ BASTIDAS	Juzgado Promiscuo de Familia del Circuito
AIDÉ VANEGAS TORRES	Juzgado Promiscuo Municipal
ROMEL FERNANDO ACOSTA RANGEL	Juzgado Promiscuo Municipal San Pablo
SOLEDAD DEL SOCORRO SOLARTE SOLARTE	Juzgado Promiscuo Municipal Belén
MARÍA FABIOLA TORRES VILLOTA	Juzgado Promiscuo Municipal San José de Albán
OSCAR HERNANDO GÓMEZ LUNA	Juzgado Promiscuo Municipal Colón Génova
GERMÁN GUSTAVO BASTIDAS ACOSTA	Juzgado Promiscuo Municipal San Bernardo

CIRCUITO: SAMANIEGO

JOSE VICENTE BENAVIDES RAZZA	Juzgado Promiscuo del Circuito
LUZ AMPARO CHAMORRO CALVO	Juzgado Promiscuo de Familia
RODRIGO FIGUEROA RAMÓN	Juzgado Primero Promiscuo Municipal
RUTH ESMERALDA MARTINEZ GUERRERO	Juzgado Segundo Promiscuo Municipal
JOHANA NATALY BURBANO DE LOS RIOS	Juzgado Promiscuo Municipal Linares
PATRICIA MARÍA ISABEL ERAZO INSUASTY	Juzgado Promiscuo Municipal Cumbitara
CARLOS EDUARDO CÓRDOBA	Juzgado Promiscuo Municipal Sotomayor
OSCAR ERNESTO BUCHELLI DELGADO	Juzgado Promiscuo Municipal La Llanada

CIRCUITO: BARBACOAS

MENANDRO JESÚS LÓPEZ RODRÍGUEZ	Juzgado Promiscuo del Circuito
PILAR PATRICIA TOBAR HEREDIA	Juzgado Promiscuo de Familia de Circuito
RICARDO IVÁN PÁEZ VITERI	Juzgado Primero Promiscuo Municipal
WILSON MANUEL BENAVIDES NARVÁEZ	Juzgado Segundo Promiscuo Municipal
JESÚS MANUEL QUIÑOÑEZ	Juzgado Promiscuo Municipal Magûí Payán
JIMMY ORLANDO ORTEGA CORAL	Juzgado Promiscuo Municipal Roberto Payán
MARÍA ELENA ROSALES ASCUNTAR	Juzgado Promiscuo Municipal Santa Bárbara-Iscuandé

Sala Civil - Familia

Doctores: Gabriel Guillermo Ortíz Narváez, Aida Mónica Rosero García (Presidenta Sala), Marcela Adriana Castillo Silva y María Marcela Pérez Trujillo.

CONTRATO DE SEGURO - Nulidad Relativa por Reticencia en la declaración del estado del riesgo al tomar las pólizas de seguro.
CONTRATO DE SEGURO – PRESCRIPCIÓN: Es factible oponer la prescripción a la excepción de nulidad relativa del contrato de seguro en el momento de descorrer el traslado de excepciones, por tratarse de un tópico sobre el cual el juez está obligado a pronunciarse expresamente.

No obstante, la existencia de reticencia por parte del tomador al momento de declarar el estado del riesgo, al no indicar de forma fidedigna su estado de salud, se considera que no hay lugar a la prosperidad de la excepción de nulidad relativa del contrato de seguro, en tanto operó la prescripción extintiva del derecho de la entidad para alegarla, al haber dejado vencer el término de dos años desde la reclamación para el pago de los seguros; defensa que fue propuesta por la demandante al descorrer el traslado de excepciones de mérito, y siendo que al juzgador le corresponde pronunciarse de forma expresa sobre la nulidad, también debía estudiar los factores que pudieran impedir su declaratoria, en este caso la prescripción, sin que en tal sentido se requiera realizar una reforma a la demanda. Por tal razón la Sala confirma la sentencia de primera instancia que declaró la prescripción extintiva de la acción.

CONTRATO DE SEGURO - INTERESES MORATORIOS: Su contabilización inicia a partir de la reclamación, no del siniestro.

Procedencia de la condena por concepto de intereses moratorios, los cuales se constituyen en una sanción legal dado el incumplimiento por parte de la aseguradora en hacer efectivas las pólizas contratadas, sin ninguna razón que lo justifique; mismos que deberán materializarse desde la data de la reclamación, en tanto a partir de este momento la entidad tiene conocimiento de la ocurrencia del hecho asegurado, encontrándose en obligación de efectuar su cumplimiento. /

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PASTO

SALA DE DECISIÓN CIVIL FAMILIA

Magistrada Sustanciadora: Marcela Adriana Castillo Silva

Ref.: Declarativo No. 2017-00096 (443-01).

Pasto, diez (10) de octubre de dos mil dieciocho (2018)

Buenos días, en San Juan de Pasto hoy 10 de octubre de 2018, siendo las _____, fecha y hora previamente señaladas en auto que precede, la Sala de Decisión Civil Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, integrada por los Magistrados MARCELA ADRIANA CASTILLO SILVA, MARIA MARCELA PÉREZ TRUJILLO y LUIS ALBERTO RAMÍREZ GONZÁLEZ, da inicio a la audiencia de sustentación y fallo de segunda instancia establecida por el artículo 327 del Código General del Proceso, dentro del proceso radicado con el número 2017-00096 (443-01) propuesto por JIÁ y otros contra BBVA Seguros de Vida Colombia S.A. y Banco BBVA S.A., asunto que fuera conocido en primera instancia por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Pasto.

En este momento, se deja constancia de que han comparecido los apoderados de las partes, a quienes se concede la palabra para que se identifiquen:

A continuación se oirán las alegaciones de las partes. Para ello teniendo en consideración que solo apeló la parte demandada BBVA Seguros de Vida Colombia S.A., se concederá inicialmente la palabra a su apoderado para que sustente el recurso de apelación hasta por 20 minutos, advirtiendo que las alegaciones se deben sujetar al desarrollo de los reparos concretos hechos a la sentencia ante el Juzgado de primer grado.

Una vez escuchados los alegatos de la parte apelante, se concede el uso de la palabra a la parte contraria para que

se pronuncie al respecto, para lo cual contara con un término de hasta 20 minutos…

En este momento y de acuerdo a lo establecido por el inciso 2° del numeral 5° del artículo 373 del C.G. del P., la Sala decreta un receso hasta las ____, luego de lo cual se reanudará la audiencia con el fin de pronunciar la sentencia.

Siendo las _____, se reanuda la audiencia dentro del proceso previamente identificado, y una vez oídos los alegatos de las partes, procede la Sala de decisión a dictar la siguiente Sentencia:

I.- CONTEXTUALIZACIÓN DEL CASO

1. Los señores JLCIÁ, AIEdeI, RXII, por intermedio de apoderado judicial, llamó a juicio a BBVA Seguros de Vida Colombia S.A. y Banco BBVA S.A., solicitando que la primera haga efectivos los seguros con ella suscritos, mientras que la segunda restituya los pagos realizados por los demandantes.

Para fundamentar sus pretensiones en el libelo de introducción se adujo que el señor OFIE tuvo dos seguros de vida expedidos por BBVA Seguros de Vida, el primero a raíz de crédito bancario con BBVA S.A., que actuaba como beneficiario del mismo, y el segundo que tomó el Consejo Superior de la Judicatura a favor de los demandantes.

Que el 4 de marzo de 2015 falleció el señor IE, por lo que días después presentaron las reclamaciones ante la aseguradora, quien en escritos de 13 de mayo y 23 de julio del mismo año las objetó alegando reticencia al declarar el estado de riesgo.

2. La parte demandada Banco BBVA S.A. contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones elevadas, alegando para tal efecto falta de legitimación en la causa por pasiva, pues aseguró que no hace parte de la relación contractual demandada; mientras BBVA Seguros de Vida Colombia S.A., alegó como excepciones de mérito *"nulidad relativa del contrato de seguro"*, *"falta de legitimación por activa para cobrar la indemnización derivada de esta póliza"*, *"la cobertura otorgada por las pólizas se circunscribe a los términos de sus clausulados"*, "la *responsabilidad de la aseguradora se encuentra limitada al valor de la suma asegurada"* y *"prescripción"*.

En el término de traslado de las excepciones se alegó por la parte demandante, entre otros, la prescripción para solicitar la nulidad relativa de los contratos de seguro, como la legitimación para exigir el cumplimiento de los mismos.

3. El juez de primera instancia luego de evacuada la etapa probatoria y presentados los alegatos declaró la prescripción de la acción de nulidad relativa de la aseguradora, por lo que para la misma atañe la obligación de cumplir con las pólizas suscritas, mientras que a la entidad bancaria correspondía devolver las sumas canceladas por los herederos del señor IE desde su deceso.

4. El apoderado judicial de la parte demandada BBVA Seguros de Vida Colombia S.A. presentó apelación contra la decisión de primer grado, formulando como reparos que no se debió tener en cuenta los alegatos de prescripción de la nulidad por reticencia, por cuanto se elevaron dentro del traslado de excepciones de mérito, sin que sea la oportunidad procesal oportuna, por lo que la sentencia no aplicó el principio de congruencia, cuando se demostró que el occiso no reportó el estado de riesgo real, aunado a una indebida condena por concepto de intereses moratorios.

II.- CONSIDERACIONES.

Problema Jurídico

Corresponde a esta Corporación determinar si existe nulidad por reticencia en la declaración del estado del riesgo al tomar las pólizas de seguro reclamadas con la demanda, en caso afirmativo, si la etapa de traslado de excepciones de mérito es la oportunidad para alegar la prescripción del medio de defensa propuesto, y en tal sentido si debe ser tenido en cuenta al momento de resolver la sentencia. De igual forma, si procede la condena

por concepto de intereses moratorios atendiendo la justificación para no pago esgrimida por la aseguradora, como su fecha de contabilización.

Tesis de la Sala.

Considera esta Judicatura que a pesar de constatarse la existencia de reticencia por parte del tomador al momento de declarar el estado del riesgo, porque no indicó de forma fidedigna su estado de salud, sin embargo dado que se refutó válidamente la posibilidad de alegar como medio exceptivo la nulidad relativa del contrato de seguros, por cuanto la misma prescribió, se torna acertada la decisión de su declaratoria en la sentencia.

Por su parte, frente a la condena por concepto de intereses moratorios, se estima que si bien la misma se encuentra ajustada a derecho dado el incumplimiento por parte de la aseguradora, sin embargo se constata que aquellos no inician su contabilización a partir del siniestro, sino desde la reclamación que se realice, por lo que se modificará la decisión en tal sentido.

Estudio del caso.

1. De conformidad con el artículo 1036 del Código de Comercio el contrato de seguro ha sido calificado por la legislación mercantil como consensual, bilateral, oneroso, aleatorio y de ejecución sucesiva, 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 –artículos 1037 y 1066 ibídem-.

Aunado 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'"* (Corte Suprema De Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 5 de julio de 2012. MP. Fernando Giraldo Gutiérrez. Ref.: 2005-00425-01).

Dentro del asunto en estudio, se pretende que se declare que BBVA Seguros de Vida S.A., tiene la obligación de hacer efectivos los seguros VGD 0110043 a favor de Banco BBVA Colombia S.A. y Siga-016102066634, frente a las cuales se alega la reticencia del asegurado al declarar el estado del riesgo, puesto que para la suscripción de los contratos el señor IE no informó sobre sus antecedentes de hipertensión arterial que conforme a su historia clínica venía padeciendo con anterioridad, y respecto al cual se le indagó de forma específica. Sobre el particular, el artículo 1058 del Código de Comercio en su inciso primero señala: *"El tomador está obligado a declarar sinceramente los hechos o circunstancias que determinan el estado del riesgo, según el cuestionario que le sea propuesto por el asegurador. La reticencia o la inexactitud sobre hechos o circunstancias que, conocidos por el asegurador, lo hubieren retraído de celebrar el contrato, o inducido a estipular condiciones más onerosas, producen la nulidad relativa del seguro"*.

Así las cosas, atendiendo que el asegurado al tomar la póliza se encuentra en obligación de declarar de manera clara, fehaciente y completa sobre su estado de salud y las enfermedades que lo aquejan hasta cuando suscribió el contrato de seguro, y en general el estado del riesgo asegurado, de conformidad con el cuestionario brindado por la entidad, en cumplimiento del principio de buena fe contractual, se desprende que de la omisión en informar el estado de riesgo por parte del asegurado deviene la nulidad relativa por reticencia del contrato de seguros; para el caso en concreto se constata de la lectura del seguro VGD 0110043 celebrado el 09 de septiembre de 2014 que ante el interrogante de si padecía *"dolor en el pecho, presión arterial alta, infarto o cualquier enfermedad del corazón"* contestó negativamente (Fl. 7, Cdno 1) y para el seguro Siga-016102066634 se le preguntó si presentaba *"lesión o debilidad en el corazón, infartos, problemas de presión arterial"* frente al cual respondió de forma negativa (Fl.130, Cdno 1). No obstante lo anterior, conforme a la historia clínica aportada del señor OFIE se observa en el reporte de 16 de noviembre de 2013 donde anota como enfermedad actual *"paciente hipertenso hace +/- 10 años en manejo de captopril tab 50mg cada 12 horas, asa tab 100mg al día"* (Fl. 183, Cdno 1), es decir, el asegurado conocía con antelación a la fecha en que informó el estado de riesgo ante BBVA Seguros de Vida S.A., que padecía

enfermedad respecto a la cual se le cuestionó específicamente y frente a la que contestó negativamente en ambas oportunidades, incluso venía tomando medicación para tal padecimiento, siendo aquella la causa de su deceso el 4 de marzo de 2015.

Se constata entonces que el asegurado omitió información sobre su estado de salud a la aseguradora porque conocía de las enfermedades que padecía, por lo que no fue posible para aquella determinar el verdadero estado del riesgo, vulnerando lo establecido en el artículo 1058 ya citado, lo que generaba en principio la nulidad relativa de los contratos de seguros de los que se reclama su cumplimiento mediante el presente asunto.

2. Ahora debe responderse al segundo problema jurídico planteado, para determinar si es procedente oponer a la excepción de nulidad del contrato, la prescripción, pues a partir de allí el apelante alegó la presunta falta de congruencia de la sentencia de primera instancia. Para resolver el asunto debemos partir de lo dispuesto en el artículo 281 del Código General del Proceso establece en su inciso primero que *"La sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este código contempla y con las excepciones aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley"*. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia, en su Sala de Casación Civil ha señalado *"la congruencia de las sentencias judiciales, como secuela del carácter dispositivo de que aún está impregnado el procedimiento civil, se manifiesta en que toda decisión judicial debe estar conforme con lo que reclama el demandante y con las excepciones que propone el demandado (…). Desde esa perspectiva, en principio, son las partes del proceso, las que trazan los hitos o límites dentro de los cuales debe desempeñarse la jurisdicción para administrar justicia en los casos concretos."* (Sentencia de 30 de noviembre de 2000. Exp. 5473. M.P. Jorge Antonio Castillo Rugeles)

Por su parte, el inciso cuarto del artículo 282 del mismo instrumento legal indica que *"Cuando se proponga la excepción de nulidad o la de simulación del acto o contrato del cual se pretenda derivar la relación debatida en el proceso, el juez se pronunciará expresamente en la sentencia sobre tales figuras, siempre que en el proceso sean parte quienes lo fueron en dicho acto o contrato (…)"*

Por lo anterior, corresponde determinar si habiéndose planteado por la demandada la nulidad del contrato de seguro por reticencia del tomador, era o no procedente, que a ello, a su vez, se opusiera la prescripción de ese medio defensivo planteado en la contestación de la demanda. Si bien en principio se podría entender su imposibilidad procesal, de conformidad con el artículo 370 del Código General del Proceso, según el cual en el traslado de las excepciones deben pedirse pruebas del litigio ya planteado, es necesario realizar una interpretación sistemática de la normatividad en la materia, en especial el artículo 282 ya citado, que estipula de forma específica la obligatoriedad del juez de conocimiento de pronunciarse expresamente sobre la nulidad elevada como medio exceptivo, y en consecuencia se posibilita rebatir su efectividad por parte del sujeto a quien se le propuso, que en el caso en estudio se concretó a través de la proposición de la figura de la prescripción de la acción de nulidad.

Conviene reseñar que la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, ha abordado casos análogos al presente donde ha precisado que es *"procedente reconocer la consumación de la prescripción propuesta por las actoras, frente a la nulidad relativa del contrato de seguro que contra la acción impetrada propuso la aseguradora demandada, decisión que justamente deja sin piso esta excepción"* (Sentencia de 3 de mayo de 2000. Exp. 5360. M.P. Nicolás Bechara Simancas).

Se desprende paladinamente que ante el medio exceptivo propuesto por la aseguradora, que atañe a la nulidad relativa por reticencia del contrato de seguro es posible desvirtuarlo, alegando para tal efecto la prescripción extintiva del derecho de la entidad a alegar su configuración, tal como lo realizó la parte demandante, porque si le corresponde al juzgador dentro de la sentencia pronunciarse de forma expresa sobre la configuración de la nulidad, es decir, al abrirse paso de manera imperativa el análisis de esta figura jurídica, sin lugar a dudas existe habilitación a que contra aquella se aleguen factores que impidan su declaratoria, como es la prescripción del medio exceptivo, sin que en tal sentido se requiera realizar una reforma a la demanda como se alega dentro de la sustentación de la alzada.

El tratamiento que la ley le da este medio de defensa –la nulidad del contrato-, al determinar que si se presenta como excepción, el juez deberá pronunciarse expresamente sobre ella como si se tratara de una pretensión, da cabida a la discusión sobre si la nulidad alegada está, o no, prescrita, lo que habilita al juez para que estudie la prescripción.

En suma, se puede oponer la prescripción a la excepción de nulidad relativa del contrato de seguros en el momento de descorrer el traslado de excepciones, por tratarse de un tópico sobre el cual el juez está obligado a pronunciarse expresamente, siendo necesario, si la parte lo alega, establecer si efectivamente ese medio de defensa prescribió, por lo que esta Corporación procederá a abordar la mencionada arista de la lid.

3. En consecuencia de lo anterior debe resolverse si la nulidad propuesta como excepción está, o no, prescrita, para ello partimos de lo que determina el artículo 1081 del Código de Comercio:

> *"**ARTÍCULO 1081.** La prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro o de las disposiciones que lo rigen podrá ser ordinaria o extraordinaria.*
>
> *La prescripción ordinaria será de dos años y empezará a correr desde el momento en que el interesado haya tenido o debido tener conocimiento del hecho que da base a la acción.*
>
> *La prescripción extraordinaria será de cinco años, correrá contra toda clase de personas y empezará a contarse desde el momento en que nace el respectivo derecho.*
>
> *Estos términos no pueden ser modificados por las partes".*

Debe aclararse sin embargo que los dos términos operan independientemente, es decir, que si opera uno, no se puede acudir al otro, por lo que en el caso en particular se configura la prescripción ordinaria de acuerdo con las siguientes explicaciones: teniendo en cuenta que la reclamación para el pago de los mencionados seguros se produjo el 10 de marzo de 2015, conforme aceptó la demandada en su escrito de contestación, mientras el medio exceptivo se propuso el 3 de octubre de 2017 (Fl. 114, Cdno. 1), transcurriendo un término superior a los dos años establecidos por la ley, para el caso de prescripción ordinaria, por cuanto BBVA Seguros de Vida desde aquel momento –el de la reclamación- conoció la ocurrencia de la muerte del tomador del seguro, y por lo tanto la condición habilitante para hacer efectivas las pólizas adquiridas, siendo desde ese momento en que se contabiliza su capacidad de opugnar o tachar la circunstancia relativa a que el siniestro –deceso- acaeció por una causa que no declaró al momento de suscripción de la póliza, conforme al cuestionario realizado, debiendo haberla declarado so pena de reticencia, como efectivamente se constata conforme al análisis precedente. De ello surge que no aplica en el caso en estudio la prescripción extraordinaria, pues antes de este término había operado la prescripción ordinaria.

Sin embargo, en el transcurso de ese término de dos años no consta de las pruebas aportadas en el proceso, que haya elevado medio jurisdiccional alguno para desvirtuar la validez de los contratos que celebró la demandada asegurando la vida del señor IE, con la finalidad de no cumplir lo pactado a raíz de la mentada reticencia en la información del riesgo, por lo que tal actuar omisivo no puede ser usado a su favor con el fin de sustraerse de efectivizar una obligación, dado que al abstenerse de tachar por vía judicial, como correspondía para sustraer del cumplimiento de una obligación contractual, dejando fenecer el término prescriptivo correspondiente, pues deviene claramente que no es posible su declaratoria dentro del presente asunto en virtud de haber transcurrido dicho lapso. Por tanto, si a partir del momento en que la aseguradora conoció de la ocurrencia del siniestro, cuando medió reclamación no acudió a demandar la nulidad, dejó transcurrir sabiendo el término ordinario de prescripción que a ello aplica y sin que fuera de cargo de la parte demandante anticipar desde la demanda los medios exceptivos que fueron propuestos, ni estaba obligada a reformarla, pues como lo ha aceptado la jurisprudencia, podría descorrer el traslado de excepciones alegando la prescripción del medio exceptivo que por ende debe ser reconocido.

De igual forma, este Tribunal no entrará a analizar los restantes elementos que componen la responsabilidad contractual en seguros y que se analizaron por parte de la jueza de primer grado, por cuanto los mismos no fueron objeto de apelación.

4. Frente al punto de intereses moratorios por la falta de pago de las sumas aseguradas, sustentado en la existencia de causa justificada para no hacer efectivas las pólizas, es necesario atender lo dispuesto en el artículo 1080 del Código de Comercio que señala en lo pertinente que *"El asegurador estará obligado a efectuar el pago del siniestro 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. 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, ***un interés moratorio igual al certificado como bancario corriente por la Superintendencia Bancaria aumentado en la mitad.***" (Énfasis fuera del texto)

Bajo tal orden de ideas, es claro que la decisión de la jueza de primera instancia de imponer intereses moratorios no se torna antojadiza, sino por el contrario sustentada de forma directa en la norma comercial que regula la materia; particularmente la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Civil justificó la existencia de tal postulado normativo afirmando que *"La finalidad de este artículo no se reduce al simple resarcimiento al asegurado o beneficiario por el retardo en el pago de la indemnización, pues para ello al legislador le hubiera bastado con reconocer el pago de intereses moratorios comerciales. Por el contrario, al ordenar esa norma el pago de un interés moratorio igual al bancario corriente "aumentado en la mitad", se impuso una SANCIÓN LEGAL cuya finalidad es que el asegurador cumpla rápidamente con su obligación de pagar la indemnización, sin que le sea permitido esgrimir excusas injustificadas*." (Sentencia de 19 de diciembre de 2013. Rad. 1998-15344-01. M.P. Ariel Salazar Ramírez)

De lo cual deviene, a juicio de esta Sala que toda vez que se demostró el incumplimiento de la entidad aseguradora en hacer efectivas las pólizas contratadas hay lugar al pago de intereses moratorios, como se solicitó en el libelo de postulación, pues si bien se encuentra demostrada la reticencia del tomador al momento de la declaración del riesgo, lo cierto es que dado que tal medio exceptivo decayó a raíz de su prescripción, no es posible tomarlo como justificativo para el incumplimiento de la obligación en cabeza BBVA Seguros de Vida Colombia S.A., pues como se ha reseñado, su propio actuar omisivo al abstenerse instaurar las acciones legales correspondientes no puede ser utilizada a su favor para la contabilización de la sanción legal estipulada en la materia.

No obstante lo anterior, encuentra este Tribunal que existe un yerro dentro del fallo apelado del momento en lo referente al momento desde el que inicia la contabilización de los intereses moratorios, pues se toma como punto de partida un mes posterior al fallecimiento del señor IE, como siniestro asegurado, sin embargo y de conformidad con la norma ya citada, su materialización no principia desde aquel momento sino desde la presentación de la reclamación ante la aseguradora, siendo la oportunidad en que la aseguradora tiene conocimiento que acaeció el hecho asegurado, encontrándose en obligación de efectuar su cumplimiento, que para el caso en concreto se realizó el 10 de marzo de 2015, conforme a los hechos de la demanda, siendo entonces desde el 11 de abril de 2015 en que es posible declararse.

5. Puestas de este modo las cosas, dado que se encuentran ajustados a derechos los argumentos expuestos en la sentencia apelada, se procederá a modificar lo atinente a los intereses moratorios decretados, confirmando en lo restante la providencia en alzada, condenando en costas de esta instancia a la parte apelante conforme lo señala el artículo 365 del Código General del Proceso.

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.- MODIFICAR el numeral tercero de la sentencia de 15 de mayo de 2018 proferida por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Pasto, dentro del proceso de la referencia, indicando que los intereses moratorios inician desde el 11 de abril de 2015.

SEGUNDO.- CONFIRMAR en lo restante la sentencia apelada.

TERCERO.- Condenar en costas de segunda instancia a la demandada BBVA Seguros de Vida S.A. La magistrada sustanciadora fija como agencias para la segunda instancia la suma de un (1) salario mínimo legal mensual vigente.

CUARTO.- DEVUÉLVASE el presente asunto junto con la actuación surtida en ésta Corporación, al juzgado de origen.

QUINTO.- La presente decisión se notifica por estrados.

MARCELA ADRIANA CASTILLO SILVA
Magistrada

LUIS ALBERTO RAMÍREZ GONZÁLEZ
Conjuez

MARÍA MARCELA PÉREZ TRUJILLO
Magistrada

CESACIÓN DE EFECTOS CIVILES DE MATRIMONIO RELIGIOSO - Causal 3º del art 154 del C.C: Ultrajes, trato cruel y maltratamientos de obra.
VIOLENCIA AL INTERIOR DE LA FAMILIA – Corresponde al Estado y a la sociedad combatir cualquier forma de discriminación y violencia que se ejerza en contra de personas vulnerables dentro del ámbito doméstico.
VIOLENCIA PSICOLÓGICA - Constituye una forma de discriminación silenciosa.
LA MUJER – Puede encontrarse en situación de vulnerabilidad dentro del seno familiar, por violencia psicológica.
DEBERES DE LOS FUNCIONARIOS JUDICIALES – Corresponde a los funcionarios judiciales dictar fallos con Enfoque de Género, respondiendo a las dinámicas internacionales que propenden ya no de forma exclusiva por una igualdad formal entre géneros, sino por materializar escenarios de igualdad real entre hombre y mujer.

Teniendo en cuenta la Constitución Nacional, en conjunto con los Instrumentos Internacionales y el Ordenamiento Jurídico Interno, en lo relacionado con los derechos de las mujeres a ser protegidas de toda forma de violencia, en este caso la violencia spicológica ocurrida en el seno de la familia, se determina que se encuentran medios de prueba suficientes, para establecer la existencia de maltratos psicológicos de que era víctima la esposa por parte de su cónyuge, por la contínua desvalorización como persona al ejercer el papel de ama de casa, conducta que estructura la causal de divorcio de malos tratamientos alegada por la cónyuge demandante.

CUOTA ALIMENTARIA - Fijación Provisional.
No prosperan las objeciones realizadas por el demandado frente a la cuota alimentaria decretada a favor de la hija menor de edad, en tanto la misma se adecua a los supuestos facticos y jurídicos denotados en el presente asunto, existiendo confesión expresa sobre la capacidad económica como alimentante para solventar los gastos de la menor.

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PASTO

SALA DE DECISIÓN CIVIL FAMILIA

Magistrada Sustanciadora: Marcela Adriana Castillo Silva

Ref.: Cesación de Efectos Civiles de Matrimonio No. 2016-00225 (957-01)

Pasto, nueve (9) de mayo de dos mil dieciocho (2018)

Buenos días, en San Juan de Pasto hoy 9 de mayo de 2018, siendo las _____, fecha y hora previamente señaladas en auto que precede, la Sala de Decisión Civil Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, integrada por las Magistradas MARCELA ADRIANA CASTILLO SILVA, AIDA MÓNICA ROSERO GARCÍA y MARÍA MARCELA PÉREZ TRUJILLO, da inicio a la audiencia de sustentación y fallo de segunda instancia establecida por el artículo 327 del Código General del Proceso, dentro del proceso de Cesación de Efectos Civiles de Matrimonio Religioso radicado con el número 2016-00225 (957-01) propuesto por JCHD contra DFDE, asunto que fuera conocido en primera instancia por el Juzgado Primero de Familia del Circuito de Pasto.

En este momento, se deja constancia de que han comparecido los apoderados de las partes, a quienes se concede la palabra para que se identifiquen:

A continuación se oirán las alegaciones de las partes. Para ello teniendo en consideración que solo apeló la parte demandada, se concederá inicialmente la palabra a su apoderado para que sustente el recurso de apelación hasta por 20 minutos, advirtiendo que las alegaciones se deben sujetar al desarrollo de los reparos concretos hechos a la sentencia ante el Juzgado de primer grado.

Una vez escuchados los alegatos de la parte apelante, se concede el uso de la palabra a la parte contraria para que se pronuncie al respecto, para lo cual contara con un término de hasta 20 minutos.

En este momento y de acuerdo a lo establecido por el inciso 2° del numeral 5° del artículo 373 del C.G. del P., la Sala decreta un receso hasta las ____, momento en el cual se reanudara la audiencia con el fin de pronunciar la sentencia.

Siendo las _____, se reanuda la audiencia dentro del proceso previamente identificado, y una vez oídos los alegatos de las partes, procede la Sala de decisión a dictar la siguiente Sentencia:

I.- CONTEXTUALIZACIÓN DEL CASO

1. La señora JCHD llamó a proceso declarativo a DFDE, para que se declarara la cesación de efectos civiles de matrimonio religioso celebrado entre aquellos el 25 de abril de 1998, y en consecuencia la disolución de la sociedad conyugal, como la declaratoria de patria potestad compartida sobre la hija común, determinando para el demandado un cuota alimentaria provisional.

Para fundamentar sus pretensiones en el libelo demandatorio se adujo que se constituyeron las causales 2º, 3º y 8º del artículo 154 del Código Civil para solicitar el divorcio aludiendo para el efecto que desde el año 2006 se ha presentado una división marital entre las partes, por cuanto si bien el demandado asistía a su casa de habitación únicamente los fines de semana no compartían habitación.

De igual forma, indica que dentro del matrimonio fue víctima de violencia psicológica, ante los maltratos verbales a los que era sometida por el señor DE, aunado a la ausencia de aportes económicos para la manutención de su hija menor de edad.

2. El demandado, a nombre propio, se opuso a las pretensiones de la demanda y presentó la excepción: *"No constituir los hechos materia de demanda en causales de divorcio"*, alegando que no existió la presunta separación de cuerpos entre cónyuges, como los aportes que ha realizado para la manutención de su hija y desmintiendo los presuntos actos de maltrato referidos por la demandante.

3. La jueza de primera instancia luego de evacuada la etapa probatoria y presentado los alegatos declaró la cesación de efectos civiles del matrimonio religioso celebrado entre los extremos procesales, en virtud de la casual 3ª del artículo 154 del Código Civil, con la sociedad conyugal disuelta y estado de liquidación, la cuota alimentaria a favor de la menor por parte del demandado, entre otras disposiciones consecuenciales.

4. La parte demandada presentó apelación contra la decisión de primer grado, formulando como reparos concretos: (i) una indebida valoración de los medios probatorios aportados en el proceso, como las declaraciones rendidas por las testigos solicitadas por la parte activa, y (ii) la inadecuada estimación de la cuota alimentaria provisional impuesta.

II.- CONSIDERACIONES.

Problema Jurídico

Corresponde a esta Corporación determinar si dentro del presente proceso existen elementos de convicción suficientes para declarar acreditada la causal de cesación de efectos civiles de matrimonio religioso de maltratos y ultrajes por parte del señor DFDE hacia la señora JCHD, como se definió en fallo de primera instancia.

De igual forma, establecer si la cuota alimentaria provisional impuesta al demandado a favor de su hija menor de edad se enmarca dentro de la normatividad aplicable.

Tesis de la Sala.

Considera esta Judicatura que dentro del plenario se encuentran medios de prueba suficientes para determinar de forma fehaciente la existencia de violencia psicológica por parte del demandado que configura de forma clara la causal de cesación de efectos civiles de matrimonio religioso alegada en la demanda, por lo que se estima que la decisión adoptada por el juez de primer grado debe ser confirmada.

Tampoco encuentran asidero las objeciones realizadas por el demandado frente a la fijación provisional de la cuota alimentaria decretada a favor de su hija, por cuanto se adecua a los supuestos facticos y jurídicos denotados en el presente asunto.

Estudio del caso.

1. De conformidad con el artículo 42 constitucional *"La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla",* por tal motivo la institución del matrimonio, reglamentada en los artículo 113 y siguientes del Código Civil, ostenta gran importancia dentro de la sociedad actual, pues se constituye de una de las formas primigenias de constituir lazos familiares con *"el fin de vivir juntos, de procrear y de auxiliarse mutuamente"*.

No obstante lo anterior, los contrayentes dentro de un matrimonio se encuentran habilitados para solicitar su terminación, denominada divorcio, incluso cuando se haya celebrado bajo cualquier rito religioso reconocido –artículo 152 del Código Civil- si se encuentra incurso en las causales que establece el artículo 154 del mismo instrumento legal, modificado por el artículo 6º de la Ley 25 de 1992.

2. En el caso que ocupa la atención de la Sala, la discusión se centra en lo relativo a la configuración de la causal 3ª del artículo 154 referido a *"los ultrajes, el trato cruel y maltratamientos de obra"*, declarada en la sentencia apelada y contra la cual se dirigen principalmente los argumentos de alzada impetrados por el demandado.

Para lo anterior, atendiendo las particularidades del presente asunto y dado que versa en particular sobre presuntos actos de violencia psicológica, estima este Tribunal se debe realizar un bosquejo general de tal tópico para posteriormente encarar los medios probatorios tachados por el apelante.

De forma primigenia, es dable acotar que desde la Constitución Política se ha señalado una cláusula general de igualdad –artículo 13-, la condena sobre cualquier forma de violencia en la familia –artículo 42- y la prohibición de discriminación de la mujer –artículo 43-, al respecto, la H. Corte Constitucional ha manifestado:

> *"En suma, la institución de la familia ha sido considerada igualmente como un "presupuesto de existencia y legitimidad de la organización socio-política del Estado, lo que entraña para éste la responsabilidad prioritaria de prestarle su mayor atención y cuidado en aras de preservar la estructura familiar (…) En este sentido, el orden constitucional vigente le reconoce el carácter de pilar fundamental dentro de la organización estatal, asociándola con la primacía de los derechos inalienables de la persona humana y elevando a canon constitucional aquellos mandatos que propugnan por su preservación, respeto y amparo, asignando al Estado a través de sus poderes públicos, su protección y salvaguarda.*
>
> *Cabe resaltar que frente a la violencia al interior de la familia, el artículo 42 prescribe que "cualquier forma de violencia en la familia se considera destructiva de su armonía y unidad, y será sancionada conforme a la ley", mandato del cual se deduce en forma clara la facultad del Legislador para determinar las sanciones aplicables a quienes mediante cualquier forma de violencia atenten contra la armonía y unidad del grupo familiar."* (Corte Constitucional. Sentencia C-002 de 2015. M.P. Mauricio González Cuervo)

Particularmente, frente a las diferentes formas de violencia que pueden acaecer en el seno de la familia, ha adquirido relevancia en el ámbito de protección legal la violencia psicológica, pues se constituye en una forma de discriminación silenciosa, respecto de la cual la jurisprudencia constitucional ha dicho:

> *"La violencia psicológica se produce cuando el atacante produce en la víctima creencias, opiniones y sentimientos de desvalorización, de inferioridad sobre sí misma y baja autoestima. Se agrede mediante manipulación, burlas, ridiculización, amenazas, chantaje, acoso, humillación, menosprecio, control, celos o insultos, reprimendas o expresiones de enfado. Además de una gran variedad de actos, es frecuente el uso del lenguaje verbal y no verbal vulgarizado, de contenido peyorativo y despectivo, acompañado en ocasiones de lanzamiento brusco de objetos, con ánimo intimidatorio, y destrucción de efectos simbólicamente importantes para la víctima*." (Corte Constitucional. Sentencia C-539 de 2016. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva)

Ahora bien, conforme a las particularidades del presente caso, las principales modalidades de violencia se ejercen en contra de personas vulnerables dentro del ámbito doméstico, el cual como se ha señalado en los apartes precedentes debe ser amparado y protegido por el Estado, pues sin importar los vínculos que existan entre los miembros de un núcleo familiar los posibles actos que constituyan maltrato entre aquellos escapan a ese ámbito privado, y corresponde a la sociedad y la institucionalidad combatir cualquier forma de discriminación y violencia que suceda al interior de la familia.

De igual forma, en desarrollo de tales premisas la Corte Constitucional en Sentencia C-368 de 2014 (M.P. Alberto Rojas Ríos) determinó que uno de los grupos vulnerables en el seno familiar es la mujer, enfatizando que *"el enfoque constitucional está encaminado a superar la antigua concepción de la mujer como persona sometida al poder de la figura masculina en las relaciones parentales, afectivas políticas, e incluso jurídicas y que se veía reflejada en distintas disposiciones legales de orden civil y la ausencia de reconocimiento, hasta hace poco más de medio siglo, de las mujeres como titulares de derechos civiles y políticos",* preceptos que responden a las dinámicas internacionales que propenden ya no de forma exclusiva por una igualdad formal entre géneros, sino por el contrario materializar escenarios de igualdad entre hombre y mujer, entre los que se encuentra el ámbito doméstico y familiar.

Al respecto es indispensable acotar que mediante la Ley 51 de 1981 se ratificó la Convención Sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, y la Ley 248 de 1995 que introdujo a nuestro ordenamiento la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer *"Convención de Belem do Pará"*, que en su cuerpo consigna que *"la violencia contra la mujer es una ofensa a la dignidad humana y una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres"*, postulados abordados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *"Campo Algodonero"* contra México en sentencia de 16 de noviembre de 2009, en la que se afirmó:

> *"los Estados deben adoptar medidas integrales para cumplir con la debida diligencia en casos de violencia contra las mujeres. En particular, deben contar con un adecuado marco jurídico de protección, con una aplicación efectiva del mismo y con políticas de prevención y prácticas que permitan actuar de una manera eficaz ante las denuncias. La estrategia de prevención debe ser integral, es decir, debe prevenir los factores de riesgo y a la vez fortalecer las instituciones para que puedan proporcionar una respuesta efectiva a los casos de violencia contra la mujer. Asimismo, los Estados deben adoptar medidas preventivas en casos específicos en los que es evidente que determinadas mujeres y niñas pueden ser víctimas de violencia"*

A nivel nacional la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia ha analizado la obligación que corresponde a las autoridades judiciales de dictar fallos con enfoque de género, a saber:

> *"El funcionario judicial tiene el deber funcional de aplicar el «derecho a la igualdad» dentro de las decisiones judiciales en virtud de los convenios internacionales ratificados por Colombia que así lo imponen y del artículo 13 de la Carta Política que se encarga de establecerlos como norma nacional fundamental e introducir la perspectiva de género en las decisiones judiciales a efecto de disminuir la violencia frente a grupos desprotegidos y débiles como ocurre con la mujer, implica aplicar el «derecho a la igualdad» y romper los patrones socioculturales de carácter machista en el ejercicio de los roles hombre-mujer que por sí, en principio, son roles de desigualdad. (…)* ***Es necesario aplicar justicia no con rostro de mujer ni con rostro de hombre, sino con rostro humano.***" (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia STC 2287-2018 de 21 de febrero de 2018. M.P. Margarita Cabello Blanco)

3. En este orden de ideas, procederá este Tribunal ha abordar los medios probatorios aportados en la demanda, sobre los cuales se alza principalmente la parte impugnante.

Dentro del presente asunto se recibieron las declaraciones de las señoras CEGC (Min 17:00, Aud. 3) y SDPJ (Min 53:35, Aud. 3), sobre los cuales el apelante estima, no aportaron elementos de juicio que permitieran denotar los maltratos alegados, aduciendo que su conocimiento en el asunto se circunscribe de forma exclusiva a lo que la misma demandada les contó; no obstante lo anterior, estima esta Corporación que tal argumento no debe ser tenido en cuenta para su apreciación, porque en asuntos donde se endilga maltrato frente a uno de los cónyuges, en especial tratándose de violencia psicológica, existe un claro obstáculo probatorio para demostrar tales hechos, dado que atañen a aspectos inmersos en la esfera privada del núcleo familiar, y por ello se convierten en supuestos fácticos especialmente complejos de acreditar ante un estrado judicial. Sin embargo, analizadas de forma pormenorizada las declaraciones enunciadas, se resalta que las testigos son claras y reiterativas en narrar la actitud y el estado anímico de la señora HD, a quien la encontraron triste y llorando en múltiples oportunidades, aludiendo maltratos de su esposo, lo que se agravó con la denuncia por hurto y ejercicio arbitrario de la custodia de su hija. Particularmente de la declaración de la señora SDPJ, quien laboró como empleada doméstica de la demandante, se constata que sí escuchó de forma directa, como el señor DE por teléfono trató a su esposa en términos denigrantes como *"vaga"*, *"cualquiera"* y "*que no sirve para nada"*, declaración que en ningún momento fue devaluada por la jueza de instancia, quien por el contrario la valoró en concordancia con las restantes pruebas.

Tales declaraciones se armonizan con la rendida por la hermana de la demandante GYHD (Min 42:25, Aud. 3), a quien el apelante pone bajo sospecha por su familiaridad, pero como se ha expresado con antelación son precisamente los miembros cercanos a la familia quienes pueden dar fe de las situaciones de maltrato entre los cónyuges, razón por la que es factible su declaración en que indica haber presenciado en dos oportunidades que estuvo en la casa de habitación de los cónyuges, que el demandado trató de forma despectiva y peyorativa a su hermana, con adjetivos como *"ignorante"*.

Medios probatorios reforzados con la entrevista rendida por la niña GFDH[1] ante funcionario de Policía Judicial, con la comparecencia de su madre, como representante legal, y la defensora de familia, dentro de la noticia criminal iniciada por el señor DE en contra de su esposa, y que resulta útil para el convencimiento de este Tribunal en los términos del artículo 165 del Código General del Proceso, por lo que será tenido en cuenta, dado que se allegó al proceso por disposición de la jueza de instancia en audiencia inicial, ordenando aportarlo como prueba, y por ende se sujetó a reglas de contradicción sin que ninguna de las partes lo tachara o presentara objeción alguna en su contra; en dicha entrevista la hija común de las partes en litigio se refirió a los hechos de la denuncia penal anotada, sin que se avizore una intención de tergiversar la verdad a favor de su progenitora, sino por el contrario se trata de un relato espontáneo que alude a actitudes positivas y negativas de ambos padres y en el cual indicó que su padre amenazaba con que su madre iría a la cárcel y *"tenía que obedecerle solo a él porque era el que mandaba en la casa"* (Fl. 118). Ello concuerda con el informe de la Unidad de Orientación y Bienestar Escolar de la institución educativa donde se encuentra inscrita la menor en el que se anota que *"exterioriza mucho miedo por las amenazas del padre en demandar a la madre"* (Fl. 19).

Aunado a lo señalado, estima esta Sala que el perfil machista del demandado se evidencia de forma palmaria en el interrogatorio de parte que rindió dentro del presente asunto (Min 14:50, Aud. 1), y en el cual realizó afirmaciones referentes a que le correspondía a su cónyuge las obligaciones del hogar, como servirle alimentos y las labores domésticas, es decir, se puede corroborar desvalorización hacía su esposa, aunado a que no desmintió que el maltrato psicológico no hubiera existido, sino que no lo recordaba de forma específica, y que en tal caso, el mismo fue esporádico y en el marco de peleas conyugales.

Es necesario acotar, que si bien dentro del plenario no obra evidencia alguna referente a la interposición de una denuncia penal interpuesta por la demandante por violencia intrafamiliar, es claro, conforme a la jurisprudencia y normatividad mencionada, que tal aspecto no puede ser tenido como indicio en su contra, por cuanto dentro de los ciclos de violencia contra la mujer y bajo la estructura patriarcal que se pretende erradicar de la sociedad

[1] De conformidad con el artículo 47 del Código de la Infancia y la Adolescencia y el artículo 7 de la Ley 1581 de 2012, se omite el nombre de la menor.

actual, muchas veces estos hechos no se ponen en conocimiento de las autoridades correspondientes, incluso por vergüenza o miedo a la revictimización.

En este orden de ideas, es diáfana la conclusión a la que arribó la jueza de primera instancia, y que estima esta Corporación debe ser confirmada, referente a la concreción de la causal 3ª del artículo 154 del Código Civil, dado que se demostró de forma clara los maltratos psicológicos a los que fue sometida la demandante por su cónyuge, siendo pertinente la declaratoria de cesación de efectos civiles de matrimonio religioso.

4. Ahora bien, sobre lo relativo a la cuota de alimentos impuesta al señor DE a favor de su hija, estima esta Judicatura que los argumentos de apelación alegados por el demandado carecen de todo asidero fáctico y jurídico, por cuanto para determinar la cuota semanal a brindar a la menor GFDH, se tomó como sustento probatorio su interrogatorio de parte donde señaló que le daba semanalmente entre $80.000 y $90.000 pesos a su hija para su gastos diarios tales como transporte escolar, refrigerios, entre otros, y también suministraba los uniformes del colegio cada año, aunado a que cubre un curso de inglés que actualmente adelanta la menor, es decir, existe confesión expresa referente a su capacidad económica como alimentante para solventar los gastos que señaló el a quo, no obstante lo anterior, encuentra este Tribunal que la orden dada en primera instancia carece de precisión para que la misma sea exigible al demandado, puesto que no indica con exactitud en qué consisten los porcentajes asignados, tampoco señala los conceptos que se cubrirán en dinero y en especie, por lo que se procederá a clarificarla con el fin de garantizar de mejor manera los derechos de la menor adoptando de oficio la modificación necesaria.

Es importante resaltar que en caso que la capacidad económica del demandado o las necesidades de la menor varíen, se encuentra legitimado para que ante autoridad judicial se modifique el monto correspondiente.

5. Puestas de este modo las cosas, se confirmará la sentencia apelada y se condenará en costas a la parte demandada.

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.- MODIFICAR el numeral quinto de la sentencia de 17 de noviembre de 2017, proferida por el Juzgado Primero de Familia del Circuito de Pasto, así:

> *"QUINTO.- DECRETAR una cuota alimentaria a cargo del señor DFDE, identificado con C.C. No.... a favor de su hija GFDH, consistente en: (i) suministrar en enero de cada año el uniforme de diario y sudadera de la menor, de conformidad con las normas de la institución educativa, (ii) suministrar una cuota mensual de TRESCIENTOS SESENTA MIL PESOS ($360.000,oo), la cual se incrementará anualmente con el salario mínimo legal, (iii) cubrir integralmente los gastos derivados del curso de inglés que adelanta la menor hasta su culminación, (iv) suministrar en los meses de junio y diciembre de cada año una muda de ropa completa, consistente en zapatos, pantalón, camiseta y chaqueta.*
>
> *Por su parte, la señora JCHD, identificada con C.C. No... cubrirá en lo restante las necesidades de su hija."*

SEGUNDO.- CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada.

TERCERO.- Condenar en costas a la parte demandada. La magistrada sustanciadora fija como agencias en derecho de la segunda instancia la suma de un (1) salario mínimo legal mensual vigente.

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

QUINTO.- La presente decisión se notifica por estrados.

MARCELA ADRIANA CASTILLO SILVA
Magistrada

AIDA MÓNICA ROSERO GARCÍA
Magistrado

MARÍA MARCELA PÉREZ TRUJILLO
Magistrada

SIMULACIÓN – Elementos.
SIMULACIÓN DE CONTRATOS DE COMPRAVENTA - VALORACIÓN PROBATORIA: Prueba Testimonial.

Analizados los diferentes testimonios recopilados en el proceso, en adición a la prueba indiciaria, se determina que permiten la acreditación de los elementos axiológicos para la procedencia de la declaración de simulación de los contratos de compraventa de los inmuebles comprometidos en el litigio y siendo que con los testimonios allegados por la parte demandada no pueden construirse contraindicios contundentes que derriben la fundamentación de la prueba indiciaria considerada en el fallo objeto de impugnación. /

República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público

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

Magistrado Ponente:
Dr. GABRIEL GUILLERMO ORTÍZ NARVÁEZ

Referencia:	Apelación de sentencia en proceso declarativo ordinario con pretensión de simulación de contrato.
Proceso No.:	2015 - 00115 - 01 (770-01)
Demandante:	HELEN NATHALY BURGOS
Demandado:	MARÍA ALEJANDRINA BASTIDAS

Buenos días a todas y todos, en San Juan de Pasto hoy veintiséis (26) de septiembre de dos mil dieciocho (2018), siendo las 08:30 de la mañana, fecha y hora previamente señaladas en auto del pasado día diez (10) de este mismo mes y año, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PASTO en SALA DE DECISIÓN CIVIL FAMILIA, integrada por las Magistradas MARÍA MARCELA PÉREZ TRUJILLO, AÍDA MÓNICA ROSERO GARCÍA y quien les habla GABRIEL GUILLERMO ORTÍZ NARVÁEZ como Magistrado Ponente, da inicio a la audiencia de sustentación y fallo de segunda instancia prevista en el art. 327 del C. G. del P., dentro del asunto de la referencia radicado bajo el N° 52 838 3103 001 - 2015 - 00115 - 01 propuesto por HELEN NATHALY BURGOS ESTRADA, asunto que en primera instancia fue conocido por el JUZGADO CIVIL DEL CIRCUITO DE TÚQUERRES.

En este momento, se deja constancia de que han comparecido los apoderados de las partes, a quienes se concede la palabra para que se identifiquen, indicando:

1. NOMBRE Y APELLIDOS COMPLETOS
2. CÉDULA DE CIUDADANÍA
3. TARJETA PROFESIONAL (SÓLO PARA ABOGADOS)
4. DIRECCIÓN PARA RECIBIR NOTIFICACIONES
5. NÚMERO DE TELÉFONO
6. CORREO ELECTRÓNICO

Se comienza con el apoderado de la parte demandante (…)

Se continúa con la apoderada de la parte demandada (…)

A continuación, no habiendo pruebas que practicar, se oirá la alegación que constituye la sustentación del recurso formulado por la apoderada judicial de la parte demandada. Se le advierte:

- Que debe sujetar su alegación a desarrollar los reparos concretos a la sentencia impugnada

expuestos ante el juzgado de primer grado, puesto que la segunda instancia examinará la cuestión debatida, únicamente en relación con tales reparos; y

- Que para la sustentación del recurso será suficiente que la recurrente exprese las razones de su inconformidad con la providencia apelada.

Tiene la palabra la apoderada judicial de MARÍA ALEJANDRINA BASTIDAS PÉREZ, a fin de que sustente su recurso y para ello, se le concederá la palabra hasta por 20 minutos:

(…)

Se concede ahora la palabra a la contraparte, para que presente sus alegaciones respecto a la sustentación del recurso que hizo la parte contraria, hasta por 20 minutos.

EN ESTE MOMENTO, ACUDIENDO A LO DISPUESTO EN EL ART. 373 NUM. 5º INC. 2º DEL C. G. DEL P., APLICABLE EN ESTA AUDIENCIA POR LO DISPUESTO EN EL ART. 327 PENÚLTIMO INCISO, LA SALA DECRETA UN RECESO DE VEINTE MINUTOS PARA EL PRONUNCIAMIENTO DE LA SENTENCIA.

REANUDADA LA AUDIENCIA Y una vez oídas las alegaciones, procede la Sala a decidir sobre la alzada interpuesta por la apoderada judicial de la parte demandada contra el fallo proferido en primera instancia por el Juzgado Civil del Circuito de Túquerres al interior del presente asunto. Así, en este momento, vale la pena recordar tal como se advirtió al inicio de esta audiencia que la apoderada de la parte apelante debía sujetar su alegación a desarrollar los reparos concretos a la sentencia impugnada expuestos ante el juzgado de primer grado, puesto que la segunda instancia examinaría la cuestión debatida, únicamente en relación con tales reparos.

Para el caso, la apoderada alzadista al momento de presentar los reparos concretos ante la falladora A quo, específicamente manifestó que se encontraba en desacuerdo con el fallo de primera instancia respecto de la valoración de **la prueba testimonial**, la que según manifestó, no fue analizada a conciencia y de manera detallada, puesto que de tales dichos era posible determinar que la verdadera intención de las partes contractuales, era efectivamente llevar a cabo los anunciados negocios, es decir, entregar la propiedad de los inmuebles comprometidos en ellos a cambio de un precio, todo ello a partir del veintiocho (28) de julio de dos mil seis (2006).

De conformidad con lo anterior y con fundamento en los reparos concretos expuestos ante la primera instancia y sustentados en esta oportunidad, se impone precisar el problema jurídico señalando que el debate en la presente instancia gira en torno a un cuestionamiento: ¿La valoración de la prueba testimonial que reposa en el plenario, en adición a la prueba indiciaria, permiten la acreditación de los elementos axiológicos para la procedencia de las pretensiones?

Así, el estudio de la Sala partirá de la revisión del material probatorio testimonial obrante en el plenario, aportado por la parte demandada, para luego determinar, si con base en aquel acervo, pueden desvirtuarse las conclusiones a las que llegó la falladora A quo respecto de la simulación de los contratos de compraventa realizados entre el fallecido presbítero y la señora MARÍA ALEJANDRINA BASTIDAS PÉREZ.

Para el caso, la prueba testimonial aportada por la parte actora está integrada por las versiones rendidas por el Presbítero Omar Rogerio Guerra Chaves, Patricia Lucía Solano Narváez, Ana Rebeca Caicedo Aux, José Luciano Bastidas Pérez y Ana Alicia de las Nieves Erazo Ruano.

Cabe anotar que de los testigos mencionados ninguno manifestó conocer a la demandante, más allá de lo relacionado con los procesos judiciales iniciados, contrario a lo manifestado por ellos respecto de la demandada, a quien manifestaron conocer por razones de vecindad, amistad o parentesco. Igualmente y casi por las mismas razones, afirmaron conocer los bienes comprometidos en este litigio, salvo la declarante Patricia Lucía Solano Narváez, cuya relación con la demandada y con uno de los inmuebles fue de tipo contractual.

Así, de lo dicho por el sacerdote Omar Rogerio Guerra Chávez, puede extractarse que se autodenomina como la persona que más conoció al fallecido presbítero Bolívar Cipriano Burgos, quien lo acompañaba a hacer visitas a

los bienes en disputa, según su dicho en calidad de cliente de los establecimientos. En adición también comentó lo relacionado con la enfermedad de su amigo, los tratamientos que intentó a fin de recuperar su salud, los viajes realizados a las ciudades en Francia, España, Italia, Israel y Cuba, además de las fuentes de ingreso para su manutención, refiriendo de forma específica que con posterioridad al año 2006, sobrevivía de la mesada pensional proveniente del Seguro Social, el auxilio sacerdotal que percibía por ser mayor de 60 años, además de las actividades de la curia que ascendían a tres salarios mínimos legales mensuales vigentes.

No obstante, a pesar de su íntima amistad, manifestó no conocer los pormenores de las negociaciones que se pretenden simuladas, aclarando que los hechos que describió sobre el tema provienen a partir del año 2007, cuando en una conversación intentó adquirir una de las oficinas de propiedad del ahora fallecido presbítero, momento en el que él le dijo que ya las había vendido a la señora MARÍA ALEJANDRINA BASTIDAS PÉREZ, sin precisar precio o forma de pago, además de que también evidenció desconocimiento de la reserva de usufructo que se había constituido a su favor.

Por lo demás y en lo relacionado con la capacidad de pago de la compradora, agregó que provenían de los terrenos de propiedad de la demandada, los que manifestó conocer por esporádicas visitas, no obstante en la misma audiencia se dejó constancia de que se trataba de una suposición, más no que le haya constado lo recibido por la producción agrícola de tales predios.

A continuación, aparece la versión expuesta por la abogada Patricia Lucía Solano Narváez, quien manifestó conocer únicamente la oficina ubicada en el Edificio Pasaje El Liceo, en virtud de que la arrendó por un tiempo a fin de desempañar sus actividades profesionales, hasta mediados del 2010. Alegó que la conocía de tiempo antes, puesto que la sede de su lugar de oficio quedaba en el mismo inmueble, incluso en el mismo piso.

Contrario a lo dicho por el testigo anterior, sí manifestó conocer algunas particularidades de los negocios que se pretenden simulados, puesto que describió ser la persona que elaboró las minutas de dichos contratos, relatando las recomendaciones relacionadas con la reserva de usufructo allí estipuladas, puesto que si la intención era garantizar el pago del inmueble, lo mejor era realizar una hipoteca, pero que ante la insistencia del sacerdote vendedor, se dispuso la primera de las opciones mencionadas. Igualmente, manifestó que por conversaciones con la administradora del edificio conoció que la propietaria de la oficina era la señora MARÍA ALEJANDRINA BASTIDAS PÉREZ, con quien contrató el arrendamiento, cánones que pagaba a la señora Ana Alicia de las Nieves Erazo Ruano, quien era la encargada de recibirlos.

Por lo demás, agregó que le constaba que el fallecido presbítero Bolívar Cipriano Burgos Erazo, no les pagaba a las personas que trabajaban para él, entre ellas la demandada, puesto que ese fue precisamente uno de los motivos de consulta que le formuló en pasada oportunidad, frente a lo cual la testigo le aconsejó conciliar.

Luego, la señora Ana Rebeca Revelo Aux manifestó en lo que atañe a esta Sala, que en conversaciones con la demandada, ella le comentaba que había adquirido los bienes encartados en esta *litis*, por un precio en particular del cual no le constaba que en efecto haya cancelado. Que para fechas un poco más recientes y por razones de amistad, acompañó a la señora MARÍA ALEJANDRINA BASTIDAS PÉREZ a fin de que se realicen algunas reparaciones de plomería en la oficina ubicada en el Pasaje el Liceo, agregando que **suponía** que los recursos para las alegadas compraventas provenían de las actividades del campo que realizaba y de sus ahorros.

A continuación, se recibieron las declaraciones de la señora Ana Alicia de las Nieves Erazo Ruano y del señor José Luciano Bastidas Pérez, ambos testigos que fueron tachados por sospechosos, puesto que la primera también está involucrada como demandada en otros procesos de simulación promovidos por HELEN NATALY BURGOS ESTRADA, y el segundo, es pariente en segundo grado de consanguinidad con la pasiva de este litigio.

Así, de la declaración de la Señora Ana Alicia de las Nieves Erazo Ruano, puede extractarse que ella fue propietaria de la oficina ubicada en el edificio Pasaje el Liceo, y que luego la vendió al fallecido Padre Bolívar Cipriano Burgos, quien en el año 2006 la vendió a la demandada. Describió que el precio total de las negociaciones, tanto de los dos locales, como de las oficinas fue de SESENTA Y CINCO MILLONES DE PESOS ($65.000.000.oo), pagando TREINTA MILLONES DE PESOS ($30.000.000.oo) al momento de suscripción de los instrumentos, y lo demás *"como fuera pagando"*. Que estuvo presente al momento del pago, pero que no existen otras personas que puedan

atestiguarlo, agregando que le constaba por lo dicho de MARÍA ALEJANDRINA, que ella había vendido un lote de su propiedad para terminar el pago.

Manifestó la testigo que trabajó laboralmente para el padre Bolívar Cipriano Bastidas Pérez, desde el año 1979 hasta el año 2013 en el que él falleció. Como parte de las funciones ella cobraba los arrendamientos hasta el 2006, después los siguió recibiendo por poder entregado por la demandada, relatando que luego de recibir los cánones se los entregaba a MARÍA ALEJANDRINA BASTIDAS PÉREZ. Que luego del año 2006 el padre Luciano no desarrolló ninguna actividad frente a esos inmuebles.

Agregó que la demandada tenía tres lotes, según su entender, uno que le heredó al papá, otro que le dio la mamá, y el último que lo había comprado, los cuales conoce, sabe que la demandada los explotaba económicamente a través de su hermano José Bastidas, conocimiento que proviene también de lo dicho por la demandada y del mencionado pariente; que en dichos predios siembran caña, café, frijol, aguacate y granadillas, y que además, tanto la testigo como la pasiva de la *litis*, iban a exprimir naranjas para hacer el vino en gran cantidad cada año.

Que del acuerdo que tenga la demandada con su hermano, no sabe más que eso, que es quien se los trabaja y le entrega el dinero, relatando que el ingreso económico de la señora depende de los precios de los productos y cómo salgan las cosechas, que hacía poco recogieron 22 bultos, a veces es mucho a veces es poco, en otras ocasiones se pierde.

Por otra parte, describió que la demandada desempeñó actividades laborales para el padre desde 1982 hasta el 2013, al principio recibió remuneración, pero luego, desde 1999 ya no les pagó, cuestiones que sabe por su cercanía con ellos, pero que a pesar de esto no tenía conocimiento exacto de cuanto recibía.

Manifestó que desde el año 2006 hubo más compraventas, además de las que se refiere este proceso, negocios de los que no sabe a quien vendió los bienes. No sabe si esas compraventas están demandadas por simulación. Sobre los actos de señora y dueña de la demandada sobre los inmuebles en cuestión, dice que cambió los pisos, sanitario, lavamanos, el tanque, los arrendó, refirió un problema con el sanitario de uno de los locales, porque estaba haciendo perjuicios a un local aledaño, del cual también habló otra de las testigos.

Finalmente, expresó que la razón del usufructo pactado, era que el padre era una persona muy desconfiada, y que entonces, para garantizar el pago de la obligación se hacía necesaria tal constitución. Sin embargo, dice que eso no se levantó al momento del pago por el estado de salud del padre, que debía asistir a muchas citas médicas y estuvo muy debilitado, y que tampoco las señoras que lo acompañaban tenían tiempo para ello.

Ahora, en relación con la capacidad económica del ahora fallecido vendedor, manifestó que no todas las veces sufrió angustias económicas, y que el fondo común del que participaban tanto el presbítero, como la demandada y la testigo se hacían porque era la costumbre, para mantener la casa del pedregal y la casa de Pasto, se hacía siempre que se recibían los arriendos.

Por su parte, el señor José Luciano Bastidas Pérez, hermano de la demandada, adujo conocer los inmuebles involucrados en este litigio desde el año 2005, porque con su hermana iba por allá y le había dicho que esos locales pertenecían al reverendo padre. La oficina no la conoció en ese tiempo, fue después cuando el ahora fallecido le vendió a su hermana, de ahí que haya estado de paso por allá luego del referido negocio.

Respecto de los detalles de la compraventa, manifestó que el padre le vendía porque ella era la que había estado todo el tiempo cuidándolos y trabajando desde 1982 y en vista de eso, le preguntó si tenía o no la capacidad de poderlos comprar.

Respecto del precio, alegó que se pactó que la totalidad era de SESENTA Y CINCO MILLONES DE PESOS ($65.000.000.oo), cancelando su hermana primero TREINTA Y CINCO MILLONES ($35.000.000.oo) desde que hicieron la escritura y quedó pendiente el resto, que se los cancelaría cuando pudiera. Aclaró que no estuvo presente cuando su hermana le entregó tal dinero al padre; respecto de cuando terminó de pagar el precio, dice que lo hizo en el 2010, cuando le dijo que para hacerlo le hacía falta una cantidad y que ella tenía un lote de terreno para vendérselo a su hermano Jesús, reuniendo otros DOCE MILLONES DE PESOS ($12.000.000.oo).

Que el resto del dinero se lo pagó al sacerdote de las siembras de los lotes que su señor padre se los asignó para trabajarlos, de ahí que ahorraban lo suficiente. Describió que en 1988 falleció su progenitor y desde ahí su hermana le confió los predios a él, el dinero adicional se lo guardó el testigo a su hermana, y junto con las cosechas se reunía alguna cantidad, y que cuando ella decía que los necesitaba, lo llamaba y él se la traía y de esa manera se los pagaba.

Manifestó que los cultivos de caña producían unos OCHO MILLONES DE PESOS ($8.000.000.oo) cada año y medio, dependiendo de la época, y el café también. Luego su señora madre también les repartió una porción de terreno y que ahí habían sembrado frijol y frutales generando recursos. Agregó que el dinero se lo guardaba a su hermana y en ocasiones lo prestaba a amigos o conocidos, pero sí fue manifiesto en expresar que no se trataba de mucho, pues a veces se trataba de QUINIENTOS MIL PESOS, otras OCHOCIENTOS MIL.

Respecto de la extensión de los lotes, manifestó que el lote que le había dejado el papá es de una hectárea, aproximadamente, el de la mamá debe ser de hectárea y media, que son únicamente para la explotación de la demandada, de lo cual manifestó en sus palabras que no tiene titulación, pero que si se paga el catastro se lo paga total, de todo el lote. Por lo demás, que no llevan contabilidad de cuanto produce, o qué ganancias tienen, únicamente se sabe cuánto les quedó.

Con lo dicho por los anteriores testigos, la parte demandada pretende demostrar que la voluntad del fallecido padre sí fue la de llevar a cabo los contratos que se pretenden simulados, que sí existía la necesidad de vender por parte del enajenante, que la reserva de usufructo se hizo con el fin garantizar el pago, además, que la demandada disponía de los suficientes recursos para cancelar el precio real de los predios.

Sin embargo, de las versiones antes expuestas llama la atención de la Sala que, a pesar del esfuerzo por demostrar que el fallecido padre Bolívar Cipriano Burgos pasaba por un momento de necesidad económica para la fecha en que se realizaron los negocios de los que trata el presente asunto, lo cierto es que ello no queda del todo claro en el plenario, puesto que el también sacerdote Omar Rogerio Guerra Chávez, al ser interrogado al respecto, manifestó que con posterioridad al año 2006, su sostenimiento provenía de las actividades sacerdotales, el auxilio sacerdotal que se recibía después de los 60 años, además de una pensión que le fue reconocida por parte del Seguro Social; vale la pena aclarar que él desconocía que además, después de la celebración de los contratos, siguió percibiendo los cánones de arrendamiento por la reserva de usufructo pactada en los contratos, que eran los que en cualquier caso hubiera seguido percibiendo sin la necesidad de enajenarlos, de ahí que se observa que el sacerdote era una persona de suficiente solvencia económica.

En adición, manifestó que en varias ocasiones y después del 2006 acompañó al sacerdote a visitar los locales comerciales en calidad de cliente, describiendo al difunto como una persona que le gustaba comprar cámaras fotográficas, equipos de telefonía celular, equipos de sonido y cosas de *"alta tecnología"*, lo cual no es propio de una persona que pase necesidades económicas y que tuviera la necesidad de enajenar la totalidad de sus inmuebles para solventarlas.

Por lo demás, si bien se aduce que fueron las consecuencias de su enfermedad y los tratamientos a los que se sometió de donde se derivó la necesidad de vender los bienes comprometidos en este litigio, de la declaración del sacerdote Omar Rogerio Guerra Chávez se da a entender que el fallecido Bolívar Cipriano Burgos se encontraba afiliado al sistema de seguridad social en salud, ante el cual adelantaba trámites como por ejemplo la acción de tutela para obtener los medicamentos que necesitaba, lo que sumado a las demás fuentes de ingreso que el mismo testigo describió, no aparece evidente la necesidad de enajenar mencionada en la contestación de la demanda.

Ahora, también llama la atención de la Sala que la testigo Patricia Lucia Solano Narváez, quien arrendo una de las oficinas en cuestión, alegara en primera medida que desde el principio conoció como dueña de tal recinto a la demandada MARÍA ALEJANDRINA BASTIDAS PEREZ, por ser la persona con la cual había acordado las condiciones del arrendamiento, obviamente dicha situación acontecida con anterioridad al año 2006, para luego manifestar que había realizado las minutas de los contratos de compraventa de los predios involucrados en este litigio, incluida obviamente el de la oficina que ella arrendaba, de donde pudo percatarse desde ese entonces que el real propietario de los inmuebles era el presbítero Bolívar Cipriano Burgos, pues era él quien aparecía como vendedor,

y quien además la frecuentaba con el fin de buscar su asesoría jurídica en diversas ocasiones.

Lo anterior, sumado a que tal como lo reseñó la juez, no existe prueba de que tal convenio de arrendamiento en efecto se hubiera realizado, lo que pone en entredicho las manifestaciones de la mencionada testigo respecto de los actos que como propietaria realizó la demandada sobre el inmueble, puesto que aquellos eran llevados a cabo de la misma forma, tanto antes como después de las supuestas compraventas.

Por otra parte, respecto de la reserva de usufructo, varios de los testigos señalan que se hizo con la finalidad de garantizar el pago del saldo del precio. Sin embargo, más allá de que dicha figura en ninguna forma sirve de garantía en la forma en que lo describen los testigos y la parte demandada, lo cierto es que una vez cancelada en su totalidad la obligación, según se aduce en el año 2010, dicho usufructo jamás se levantó. Téngase en cuenta que la muerte del presbítero ocurrió en el año 2013, es decir, que transcurrieron aproximadamente tres años, tiempo que se considera más que suficiente, a pesar de los quebrantos de salud de presunto vendedor, para realizar su levantamiento, situación que no se explica de manera lógica, a menos claro que dicho pago jamás se hubiera realizado o que jamás se hubiera tenido la intención de contratar.

Por otro lado, las características y condiciones en que se presentaron los contratos, sumada a las razones anteriormente expuestas, dan cuenta de que no es una transacción natural del mundo de los negocios, puesto que si el fin de las compraventas era el de solventar los gastos de salud que eran apremiantes, se dieron plazos y formas de pago demasiado beneficiosas que no son consecuentes con tal urgencia. Además, se presentó una reserva del usufructo de los mismos bienes para asegurar el pago de su valor, pero entonces, si lo producido por aquellos predios garantizaba el pago de su precio, quiere decir que ascendían a lo suficiente como para que ni siquiera exista la necesidad de venderlos, situación que no resulta lógica desde el punto de vista contractual y de las prestaciones y contraprestaciones que de tales acuerdos se derivan.

Ahora, respecto de la capacidad económica de la demandada, bien es cierto que las personas de escasos recursos, mediante su esfuerzo, disciplina, trabajo y el prudente paso del tiempo, pueden adquirir sus propios bienes ya sean muebles e inmuebles, realidad social de la que podrían exponerse variados ejemplos y que resulta innegable. Sin embargo, las pruebas allegadas al plenario no resultan suficientes para evidenciar que la señora MARÍA ALEJANDRINA BASTIDAS PÉREZ haya tenido los recursos suficientes para adquirir los bienes de los que trata este litigio.

Sobre este tópico, se insiste por la prueba testimonial aportada por la opositora que el dinero cancelado al vendedor, provino de los ahorros de toda su vida, lo producido por los lotes dejados por sus padres, además de la venta de otro predio que era de su propiedad.

Así, respecto del pago de los TREINTA Y CINCO MILLONES DE PESOS ($35.000.000.oo) que realizó inicialmente, no existe ningún testigo directo de la mencionada negociación, salvo lo manifestado por la señora Ana Alicia de las Nieves Erazo Ruano, cuyas expresiones fueron tachadas por sospecha por ser también demandada en un caso análogo al presente, promovido por la misma parte actora, sin que exista ningún otro medio de prueba con el cual se pueda corroborar sus manifestaciones.

Ahora, de lo extractado por el hermano de la demandante, tachado también por sospecha en virtud de tal parentesco, se advierte que la cantidad de dinero restante provino de lo producido de las cosechas de café y caña de azúcar, las que según su dicho producían un **máximo** de OCHO MILLONES DE PESOS ($8.000.000.oo) cada año y medio, y eso si las condiciones económicas eran favorables.

Dicho tópico resulta de relevancia porque el tiempo transcurrido entre el primer pago y el segundo, apenas fue de cuatro años, transcurridos entre los años 2006 a 2010, de donde se extracta que de invertir la totalidad de tal producción agrícola exclusivamente en tales negocios, lo que de entrada también resulta ilógico, apenas alcanzaría a sumar DIECISÉIS MILLONES DE PESOS, suma bastante distante de la que se alegó cancelar, máxime si se tiene en cuenta que el hermano de la demandante describió que si bien le guardaba dinero, aquellas sumas sólo ascendían a QUINIENTOS MIL u OCHOCIENTOS MIL PESOS que prestaba a amigos o conocidos.

Por lo demás, bien atinó la Jueza de primera instancia en considerar y poner de relieve que la parte demandada

no allegó prueba de la existencia de tales propiedades, ya sea una escritura pública, un certificado de libertad y tradición, o al menos el recibo de pago del impuesto predial, del que habló el testigo José Luciano Bastidas Pérez.

Así, la cuestión respecto de los dos últimos testigos mencionados, es que se tacharon por sospecha, de ahí que sus manifestaciones deben verificarse con mayor detenimiento, en comparación con los demás medios de convicción que pudieran verificar su dicho. Al respecto, más allá de sus meras manifestaciones no existe ningún medio probatorio adicional en el que pudiera acreditarse ¿cuáles son los bienes de propiedad de la demandada?, ¿cuanto producen?, ¿en cuanto los vendió?, ¿a quien?, ello, puesto que era la única fuente de ingresos que disponía la demandada para la adquisición de los locales y la oficina, ya que resultó más que claro que el sacerdote por los servicios prestados a él, nunca le remuneró cantidad significante de dinero.

Como puede avizorarse de todo lo expuesto hasta aquí, es que de la prueba testimonial allegada al plenario por la parte opositora no pueden construirse contraindicios contundentes que derriben la fundamentación de la prueba indiciaria considerada por la juez de primera instancia en el fallo objeto de impugnación, dejando indemnes:

- La relación laboral existente entre la compradora y el vendedor, de donde se desprende la relación de estrecha confianza entre dichas partes.
- La falta de necesidad del vendedor para enajenar el bien, puesto que se trataba de una persona solvente, pese a sus quebrantos de salud.
- El precio irrisorio de la transacción.
- Las supuestas facilidades de pago que no son propias del mundo de los negocios, sin señalar un plazo determinado o acorde y proporcional con la alegada urgencia con la que se llevaron a cabo.
- La ausencia de demostración del pago del precio.
- Ausencia de equivalencia en las prestaciones y contraprestaciones.

Por lo anterior, que se responda el problema jurídico planteado en los albores de esta parte de la audiencia de forma positiva, en el sentido de entender que la valoración de la prueba testimonial que reposa en el plenario, en adición a la prueba indiciaria, sí permiten la acreditación de los elementos axiológicos para la procedencia de las pretensiones, lo que de suyo conlleva a la confirmación en su integridad del fallo de primera instancia.

Por lo demás, en relación con la excepción de prescripción adquisitiva de dominio, se precisa que en virtud de la misma reserva de usufructo pactada a favor del presunto vendedor respecto de los inmuebles comprometidos en este litigio, además de las versiones rendidas y analizadas al interior del trámite, no permiten evidenciar que los actos posesorios se hayan ejercido desde el mismo momento de las supuestas enajenaciones realizadas en el año 2006, sino a partir de la muerte del presbítero ocurrida en el año 2013, de ahí que no pueda hablarse del cumplimiento del término de usucapión puesto que para el caso se encuentra interrumpido con la interposición de la demanda que dio lugar a este proceso.

Finalmente, en virtud de que el recurso de apelación ha sido resuelto de forma desfavorable a quien lo interpuso, se hace necesario la condena en costas de la parte demandada y su consecuente fijación de agencias en derecho. Para ello, la sala se regirá por los límites establecidos en el Acuerdo 1887 de 2003 proferido por el Consejo Superior de la Judicatura, el cual en su aparte pertinente impera que aquellas podrán ascender hasta el 5% de las pretensiones de la demanda.

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 en su integridad la sentencia proferida por el Juzgado Civil del Circuito de Túquerres al interior del presente asunto.

SEGUNDO. CONDENAR en costas de segunda instancia a cargo de la parte demandada. Al momento de tasar las agencias en derecho tener por tales la suma de OCHOCIENTOS MIL PESOS ($800.000.oo) a favor de la parte demandante.

TERCERO. ORDENAR, una vez en firme la presente decisión, el envío del expediente al Juzgado de origen, a fin de que se continúe con su trámite.

La presente decisión se notifica por estrados de acuerdo al art. 294 del C. G. del P.

No siendo otro el objeto de la presente audiencia, la misma se da por terminada, no sin antes solicitar a los intervinientes que antes de retirarse, procedan a firmar el formato de control de asistencia, que hace parte del acta a que se refiere el art. 107 del C. G. del P. Gracias.

GABRIEL GUILLERMO ORTÍZ NARVÁEZ
Magistrado

MARÍA MARCELA PÉREZ TRUJILLO
Magistrada

AIDA MÓNICA ROSERO GARCÍA.
Magistrada

RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL POR EL EJERCICIO DE LA ACTIVIDAD PERIODÍSTICA – Elementos.
RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL POR EL EJERCICIO DE LA ACTIVIDAD PERIODÍSTICA – CULPA: No se requiere demostrar la intención libre y deliberada de causar daño, puesto que también la imprudencia, negligencia o impericia, permiten señalar que determinado actuar está revestido de culpa.

Conforme las disposiciones contenidas en la Ley 29 de 1944, se determina que se encuentran acreditados los requisitos axiológicos para la configuración de este tipo de responsabilidad, en tanto que de los medios probatorios aportados se demostró la existencia de daños en las esferas moral, material y social del demandante, ocasionados por la publicación emitida en los periódicos de propiedad de las sociedades demandadas, en los cuales se efectuó la divulgación de una información incompleta y parcial, pues no obstante en principio no fue errónea, por cuanto el actor en efecto fue detenido, no se informó del archivo de la investigación por atipicidad de la conducta punible a las pocas horas de haberse producido la captura, actuando con negligencia al no haberse verificado y analizado previamente tal información y a pesar de que el actor solicitó que la misma fuese corregida y enmendada, no se procedió de conformidad, derivando en una actuación culposa que generó tales daños.

PERJUICIOS MATERIALES – LUCRO CESANTE PASADO: Tratándose de actividades informales permitidas por el ordenamiento jurídico, es posible acudir a presunciones para determinar el monto del daño, en aquellos casos en que a pesar de haberse acreditado éste, es difícil determinar su cuantía.

Siendo que se encuentra demostrado que el demandante desarrollaba una actividad económica lícita de manera informal, se debe acudir a criterios auxiliares para determinar el monto de la indemnización, como sería la aplicación de la presunción de que devengaba por lo menos un salario mínimo legal mensual vigente y no negar la pretensión; siendo procedente efectuar la liquidación e imponer la respectiva condena por la ocurrencia de los perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante pasado.

DAÑO MORAL – Monto.

La tasación realizada por el funcionario judicial, se considera proporcional, siendo que el monto solicitado por el actor, se aplica para casos en los que la pena o padecimiento moral es de suma gravedad y trascendencia en la vida de una persona, como por ejemplo, cuando se trata del fallecimiento de familiares cercanos; sin que ello signifique que la aflicción padecida en este caso sea intrascendente o frívola.

DAÑO A LA VIDA DE RELACIÓN - "No sólo puede tener origen en lesiones o trastornos de tipo físico, corporal o síquico, sino en la afectación de otros bienes intangibles de la personalidad o derechos fundamentales, e incluso en la afectación de otros intereses legítimos".

Hay lugar a la condena al pago de dicho perjuicio, teniendo en cuenta que este no sólo se refiere a padecimientos físicos, sino que como en el presente caso, la conducta culposa en la que incurrieron los medios de comunicación de propiedad de las demandadas, afectó las prerrogativas fundamentales a un buen nombre, a la honra, a la esfera exterior del demandante, que se vio alterada a causa de la lesión infligida a su actividad social no patrimonial. /

República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público

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

Magistrado Ponente:
Dr. GABRIEL GUILLERMO ORTÍZ NARVÁEZ

Referencia:	Apelación de sentencia en proceso ordinario con pretensión declarativa de responsabilidad civil extracontractual
Proceso No.:	2017 - 00115 - 01 (069-01)
Demandante:	LEM
Demandado:	GRUPO EDITORIAL EL PERIÓDICO S.A.S.

Buenas tardes a todas y todos, en San Juan de Pasto hoy siete (7) de junio de dos mil dieciocho (2018), siendo las 2:30 de la tarde, fecha y hora previamente señaladas en auto del pasado veinticuatro (24) de abril, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PASTO en SALA DE DECISIÓN CIVIL FAMILIA, integrada por las Magistradas MARÍA MARCELA PÉREZ TRUJILLO, AÍDA MÓNICA ROSERO GARCÍA y quien les habla GABRIEL GUILLERMO ORTIZ NARVÁEZ como Magistrado Ponente, da inicio a la audiencia de sustentación y fallo de segunda instancia prevista en el art. 327 del C. G. del P., dentro del asunto de la referencia radicado bajo el N° 52 001 3103 004 - 2017 - 00115 - 01, asunto que en primera instancia fue conocido por el JUZGADO CUARTO CIVIL DEL CIRCUITO DE PASTO.

En este momento, se deja constancia de que han comparecido los apoderados de las partes, a quienes se concede la palabra para que se identifiquen, indicando:

1. NOMBRE Y APELLIDOS COMPLETOS
2. CÉDULA DE CIUDADANÍA
3. TARJETA PROFESIONAL (SÓLO PARA ABOGADOS)
4. DIRECCIÓN PARA RECIBIR NOTIFICACIONES
5. NÚMERO DE TELÉFONO
6. CORREO ELECTRÓNICO

Se comienza con el apoderado de la parte demandante (...)

Se continúa con el apoderado de la parte demandada (...)

A continuación, no habiendo pruebas que practicar, se oirá la alegación que constituye la sustentación de los recursos formulados por los apoderados judiciales de las partes, para lo cual se les dará el uso de la palabra, no sin antes advertirles:

- Que deben sujetar su alegación a desarrollar los reparos concretos a la sentencia impugnada expuestos ante el juzgado de primer grado, puesto que la segunda instancia examinará la cuestión debatida, únicamente en relación con tales reparos; y

- Que para la sustentación del recurso será suficiente que expresen las razones de su inconformidad con la providencia apelada.

Tiene la palabra el apoderado del demandante a fin de que sustente su recurso y para ello tiene un máximo de 20 minutos:

(...)

Tiene la palabra el apoderado de los demandados a fin de que sustente su recurso y para ello dispone de máximo 20 minutos:

Se concede ahora la palabra a la contraparte, para que presente sus alegaciones respecto a la sustentación del recurso que hizo la parte contraria, hasta por 20 minutos.

EN ESTE MOMENTO, ACUDIENDO A LO DISPUESTO EN EL ART. 373 NUM. 5º INC. 2º DEL C. G. DEL P., APLICABLE EN ESTA AUDIENCIA POR LO DISPUESTO EN EL ART. 327 PENÚLTIMO INCISO, LA SALA

DECRETA UN RECESO DE VEINTE MINUTOS PARA EL PRONUNCIAMIENTO DE LA SENTENCIA.

REANUDADA LA AUDIENCIA y una vez oídas las alegaciones de los apoderados de los extremos en litigio, procede la Sala a decidir sobre las alzadas interpuestas contra el fallo proferido en primera instancia por el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Pasto al interior del presente asunto; recordando que de conformidad con lo establecido en el artículo 328 del C. G. del P., el juez de segunda instancia únicamente tiene competencia para pronunciarse sobre los argumentos expuestos por los apelantes.

Así, por motivos prácticos y en atención al orden que debe imprimírsele al presente fallo, se iniciará por atender los argumentos de reproche expuestos por la apoderada judicial de las sociedades demandadas, que en resumen se concretan en los siguientes postulados:

i) Que en el presente asunto no se han configurado los presupuestos sustanciales para la procedencia de las pretensiones, haciendo énfasis en varios apartes de la sustentación en el elemento de la culpa que, según su criterio no se encuentra configurado, puesto que no se acreditó que la publicación hecha en los diarios señalados por el demandante, se haya producido con la intensión libre tendenciosa y deliberada de causar daño, con negligencia, imprudencia o con error de conducta. ***ii)*** Que la noticia brindada por los medios de comunicación fue verídica en cuanto a la captura en flagrancia del demandante, que si en principio existió un error, fue por la información suministrada por la Policía Nacional, de ahí que se actuó en virtud del principio de buena fe y confianza legítima de los particulares en las autoridades públicas, motivo por el cual el actor debió acudir a la demanda contenciosa administrativa para la protección de sus derechos por el mecanismo de la reparación directa, no por la vía ordinaria civil. ***iii)*** Finalmente, que los perjuicios reclamados apenas estaban soportados en copias simples, de ahí que no había lugar a otorgar indemnizaciones.

Así, para iniciar a responder los reparos que se han hecho por parte de la apoderada de las sociedades demandadas, es necesario hacer claridad respecto de la fuente del daño, o qué hechos a juicio del demandante son los que constituyeron un agravio o menoscabo a las prerrogativas enunciadas en el libelo.

Y al respecto, resulta innegable que en la demanda se relataron los hechos relacionados con el retén realizado por la Policía Nacional en el cual fue detenido por el hecho de transportar el químico denominado soda caústica, en una cantidad muy superior a la permitida sin que se necesite autorización especial, de ahí que fuera puesto a disposición de la Fiscalía General de la Nación por la presunta comisión de un delito en flagrancia; hechos que tuvieron inicio el veintinueve (29) de octubre de dos mil trece (2013) y finalizaron el día treinta (30) del mismo mes y año, con la decisión emitida por el mencionado ente investigador de archivar las actuaciones por cuanto no se encontraba acreditada la tipicidad como elemento de la conducta penal.

Sin embargo, aquel fundamento fáctico no es el que constituye el hecho dañoso, puesto que según lo relata el demandante, aquel se produjo por la publicación emitida en los periódicos Diario del Sur y Extra, de propiedad de las sociedades demandadas, en donde se relató tal acontecimiento sin la debida investigación y sin aclarar que el ahora demandante no era el responsable de la comisión de ninguna conducta punible, menos aún relacionada con el delito de tráfico de estupefacientes.

Como puede observarse, lo anterior resulta suficiente para descartar los argumentos de reproche relacionados con la supuesta equivocación del actor al elegir la acción, puesto que en este caso **no se trata** de poner en conocimiento de la jurisdicción los posibles errores de procedimiento, si es que los hubieran, cometidos por la Policía Nacional o la Fiscalía General de la Nación, los que de quererlo el actor, darían lugar a la presentación de una demanda con pretensión de reparación directa en contra del Estado. Sino, de la publicación que de unos hechos se hizo en los diarios de propiedad de las sociedades demandadas, los que dan lugar a que el actor promueva una demanda civil de responsabilidad extracontractual en contra de medios de comunicación.

Aclarado lo anterior y ubicada la controversia en el escenario litigioso que en realidad ocupa a la corporación, se encuentra que los reparos expuestos por la apoderada de los demandados se centran en el elemento de la culpa, el cual considera ausente, a fin de que sus representadas sean exoneradas de la responsabilidad que se les endilga. Al respecto, señaló que la publicación realizada en el Diario del Sur y en el Extra, no se hizo con la intención de

causar daño, ni con la libre inclinación tendenciosa y deliberada de hacerlo.

Sobre el tópico planteado por la alzadista, es de particular relevancia para la Sala aclarar que el asunto que actualmente ocupa su atención, se refiere a la responsabilidad por los daños ocasionados en el ejercicio de la actividad periodística, entendiéndose que ésta labor puede originar responsabilidades de diversa índole, pudiendo ser ética, penal o civil. Así, sin entrar en mayores elucubraciones respecto de las ajenas a la especialidad de la jurisdicción a la que esta Corporación pertenece, la responsabilidad de orden civil halla su fundamento legal en las precisas y especiales disposiciones contenidas en la ley 29 de 1944, actualmente vigente.

Así, se destaca que conforme al artículo 55 de cuerpo normativo últimamente mencionado, las particularidades de la responsabilidad civil por el ejercicio de la actividad periodística se enmarcan dentro de la siguiente premisa legal:

> *"**Art. 55.-** Todo el que por cualquier medio eficaz para divulgar el pensamiento, por medio de la imprenta, de la radiodifusión o del cinematógrafo, cause daño a otra estará obligado a indemnizarlo, salvo que se demuestre que no incurrió en culpa"*

De lo anterior, que la responsabilidad civil en que incurren las entidades periodísticas únicamente puede configurarse en los casos en que aparezca debidamente acreditado que, con intención o culpa, en sus publicaciones **falsas o parciales**, se haya ocasionado daño a otro, en cuyo caso deberá resarcirse.

En consecuencia, como puede observarse, no halla fundamento en una norma que se encuentre contenida en el Código Adjetivo de la materia, sino que su estructura y elementos axiológicos pueden extractarse del artículo 55 de la ley 29 de 1944, no obstante su similitud con los fundamentos jurídicos de la responsabilidad civil por culpa extracontractual.

Al respecto, la H. Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Civil ha manifestado:

> *"Sin embargo, en primer término debe señalarse que se trata de una legislación particular, porque comprende la responsabilidad civil extracontractual por divulgación antijurídica del "pensamiento" que cause daño a otro que, dentro de una concepción amplia, incluye por supuesto la originada en información nociva. En segundo lugar, también advierte la Sala que los términos y redacción empleados en el sentido de que "todo el que por cualquier medio eficaz... cause daño a otro, estará obligado a indemnizarlo..." (art.55 ley 29 de 1944), no solo revelan que se trata de una aplicación particular de los principios que regulan la responsabilidad civil por culpa extracontractual, sino que además de servirle de fundamento, resultan útiles para la regulación general de este tipo de responsabilidad civil, la cual no se ubica entonces dentro de la responsabilidad por actividades peligrosas del artículo 2356 del Código Civil.*
>
> *De ello se desprende entonces, que la responsabilidad civil extracontractual por los daños ocasionados en ejercicio de la actividad periodística por la divulgación informativa, sobre hechos o conductas, que conlleve para una persona determinada o determinable imputaciones falsas o inexactas (delictuosas), solamente puede estructurarse cuando, de acuerdo con las circunstancias especiales de la actividad y los hechos relevantes de la misma, pueda atribuirse a culpa profesional del agente"* [1].

Así, de acuerdo con la jurisprudencia en cita, los elementos axiológicos que configuran la responsabilidad civil extracontractual derivada del ejercicio de la actividad periodística, no menosprecian a la culpa como parte de ellos, respecto de la cual la máxima corporación regente de la especialidad explicó desde 1952:

[1] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia de 24 de mayo de 1999. M.P. Dr. Pedro Lafont Pianetta. Expediente No.5244.

> *"Culpa en sentido lato es la conducta contraria a la que debíera haberse observado, desviada, bien por torpeza, por ignorancia, por imprevisión o por otro motivo semejante. Lo que nuestro Código Civil define sobre culpa cabe dentro de aquel concepto, pues la hay: cuando no se manejan los negocios ajenos con el cuidado que aun personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios; cuando la falta de diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios; cuando falta la diligencia esmerada que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes"* [2].

Lo anterior, sirve de base para descartar lo señalado por la alzadista demandada cuando expuso que no podía haber responsabilidad si no se demuestra la intención libre y deliberada de causar daño, puesto que también la imprudencia, negligencia o impericia, ya sea por torpeza, ignorancia o imprevisión, también permiten señalar que determinado actuar está revestido de culpa.

Ahora, respecto de este punto varias cosas merecen ser mencionadas; la primera, que los hechos en los que se vio involucrado el demandante, ocurrieron el veintinueve (29) y treinta (30) de octubre de 2013, días en que se produjo la detención y posterior liberación del demandante. Sin embargo, la publicación realizada en los diarios de propiedad de los demandados se hizo el dos (2) de noviembre de aquel año, es decir dos días después de ocurrida la liberación y en ningún aparte de la redacción de los artículos periodísticos se da cuenta del archivo de la investigación por atipicidad, y de la total ausencia de responsabilidad de quien había sido detenido.

Lo anterior, denota que la información suministrada por los medios de comunicación, si bien como lo hace gala la apoderada demandada, en principio no fue errónea por cuanto el demandante en efecto fue detenido, la realidad demuestra que es **incompleta y parcial**, pues para la fecha de publicación ya se había producido la liberación del detenido, de ahí que no sean de recibo los argumentos según los cuales *"la información no requería ninguna verificación a cargo del periodismo",* ya que de haberse actuado de forma diligente, acudiendo a las fuentes directas de la información, no resultaba difícil verificar que la investigación se archivó casi inmediatamente por ausencia de tipicidad y por ende de responsabilidad, lo que se insiste, ya había sucedido dos días antes de hacer pública la información a través de los diarios, lo que de por sí evidencia la falta de cuidado que aún las personas poco prudentes usarían en sus asuntos.

En segundo lugar, los hechos relativos a la total exoneración del ahora demandante, fueron puestos en conocimiento de las respectivas editoriales, con el objetivo de que la noticia que se había publicado de manera incorrecta e incompleta sea corregida y enmendada por los mismos medios de comunicación de forma voluntaria, los que teniendo para ese entonces incluso aún mayores elementos y razones para proceder de forma correcta, no lo hicieron. Y es que ni siquiera se actuó en debida forma dentro del término que fue concedido en una decisión de amparo constitucional, prolongando de manera desidiosa, altanera y tozuda, la debida corrección de lo inicialmente publicado.

Ahora, en tercer lugar, si bien es cierto el trámite incidental por desacato no terminó con la imposición de las sanciones de las que habla el Decreto 2591 de 1991, el transcurso de tiempo entre el conocimiento real de que lo impreso era erróneo y la respectiva corrección hecha el veintiséis (26) de marzo de dos mil dieciséis (2016), no demuestran otra cosa que una conducta desviada del actuar correcto, pues a sabiendas de poder evitar un resultado dañoso, de forma consciente no lo hizo, motivo que sumado a los anteriores evidencian de forma contundente el actuar culposo en que incurrieron las sociedades demandadas, propietarias de los diarios involucrados en este litigio.

Ahora, hace poco se mencionó citando a la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia que en cuanto atañe a la responsabilidad civil por el ejercicio de la actividad periodística y en específico para realizar el juicio culpabilístico, se debían tener en cuenta las circunstancias especiales de la actividad y los hechos relevantes de la misma; así para este caso, debe destacarse que en una sociedad como la colombiana en la que los delitos como el tráfico de estupefacientes han generado consecuencias negativas de diversa índole, en realidad se exige de los medios de comunicación mayor cuidado en la difusión de noticias sin la debida constatación de sus fuentes, máxime si el hecho noticioso se había producido con 3 días de anticipación.

[2] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia de 11 de marzo de 1952.

Ahora, en algunos apartes de la sustentación del recurso también se hicieron comentarios relativos a la inexistencia de afrenta, deshonor, vilipendio, oprobio, escarnio o cualquier otro efecto dañino al señor LEM, y al respecto, no queda más que decir que el haber difundido por dos medios regionales de comunicación escrita, una noticia sobre la captura de una persona por delitos relacionados con el tráfico de estupefacientes, sin la debida constatación de que a las pocas horas se había proferido la resolución de archivo de la investigación por falta de atipicidad, definitivamente se produce la afectación de su buen nombre, daño antijurídico que no tenía por qué padecer.

Al respecto, si la detención se produjo por ejemplo, por no llevar la documentación necesaria para el transporte del elemento denominado soda caústica en las cantidades en que se hizo, las consecuencias jurídicas que dicha omisión conllevan son, además de la captura y la inmovilización e incautación de los elementos materiales de prueba, el verse sometido a una incipiente investigación penal, que al final fue archivada a las pocas horas de iniciarse. Pero la publicación de una noticia en la que se expuso su nombre ante la sociedad regional como una persona relacionada con el delito de narcotráfico, sin la debida y oportuna aclaración y corrección, es un daño que se verifica en el plenario y que jurídicamente no debía soportar el señor LEM, menos cuando en reiteradas oportunidades puso en conocimiento de los demandados las verdaderas circunstancias de modo, tiempo y lugar en que ocurrieron los hechos.

De lo dicho y para descartar los argumentos de reproche expuestos por la apoderada judicial de los demandados, se concluye que no existen falencias probatorias en cuanto a la acreditación del daño y menos aún respecto del elemento subjetivo de la culpa, ya que se encuentran demostrados; de ahí que las pretensiones de la demanda deben prosperar tal como lo declaró la sentencia de primera instancia, quedando pendiente entonces la resolución de la alzada planteada por la parte actora, relacionada con los perjuicios a indemnizarse y su cuantía.

Al respecto, el apoderado del demandante expuso en resumen sus motivos de apelación en tres acápites, cada uno relacionado con una modalidad de perjuicios en particular. Así, respecto del no reconocimiento del lucro cesante, manifestó que dentro del plenario existe una prueba que no fue debidamente valorada por el *A quo*, cual es el juramento estimatorio mismo que no fuera controvertido ni objetado puesto que no existió contestación de la demanda.

En adición, aseguró que existen documentos en el plenario y declaraciones de terceros que dan cuenta de la existencia del lucro cesante, indicando que el hecho de que se desempeñe una actividad informal no quiere decir que no exista o que no se percibían ingresos por aquella. Por lo demás, consideró que los cálculos realizados en la demanda se hicieron con claridad y además, en una suma que no considera excesiva.

Así, el lucro cesante se concreta en la afectación de un interés lícito del damnificado a percibir una ganancia, provecho o beneficio de tipo económico, que ya devengaba o que habría obtenido según el curso normal u ordinario de los acontecimientos.

Sobre este tópico, vale mencionar que el lucro cesante como todo otro perjuicio de carácter material, debe ser demostrado por la parte actora, en el sentido de evidenciar que se trata de un daño cierto y concreto como contraposición a unas meras expectativas. Sin embargo, frente a este tópico la H. Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Civil ha señalado que tratándose de actividades informales, es posible acudir a presunciones, siempre que se demuestre fehacientemente el desempeño de una labor permitida por el ordenamiento jurídico, bajo el entendido de que desde el punto de vista procesal, una cosa es la prueba del perjuicio patrimonial, en sí mismo considerado, y otra la de su cuantía.

Así, en el año 2013 reiterando lo que ya había dicho en el año 2004, la Alta Corporación explicó:

> *"Incluso, la jurisprudencia reiterada de esta Corporación ha señalado que es posible acudir a la equidad para determinar el monto del daño, en aquellos casos límite, en que, habiéndose acreditado el perjuicio patrimonial, la determinación de su cuantía se torna extremadamente difícil, no obstante el cumplimiento de las cargas probatorias por la parte demandante. Al respecto se ha expresado que "[c] on referencia específica al invocado principio de la equidad, vale la pena recordar, además, con apego a numerosos contenidos doctrinarios, jurisprudenciales y, por supuesto, normativos, que no obstante las consecuencias inherentes al ejercicio de la delicada carga probatoria atrás aludida, hay casos en que*

> *sería injusto no concretar el valor de la indemnización so pretexto de que a pesar de estar demostrada la existencia del daño, su cuantificación no ha sido posible, pues ante esta circunstancia, el juez, además de estar impelido a usar las facultades oficiosas que en materia probatoria ponen a su alcance las normas procesales, ha de acceder a criterios de equidad que le impiden soslayar los derechos de las víctimas"* [3].

De donde se desprende que una vez se acredita que la parte demandante desarrollaba una actividad económica lícita de manera informal, el juez debe acudir a criterios auxiliares para determinar el monto de la indemnización, entre los cuales está por un lado, la presunción de un salario mínimo mensual legal vigente o por otro, la cantidad de dinero que suelen devengar, en promedio, las personas que se dedican a esa actividad económica o a una semejante, tal como lo advirtió la misma Corporación en pronunciamiento del veintinueve (29) de noviembre de dos mil dieciséis (2016), con ponencia del Magistrado Luis Alonso Rico Puerta.

Para el caso, se encuentra demostrado a través de los testimonios de Luis Arturo Revelo Villegas y del señor Rafael Molina Rosero, que el demandante LEM sí desempañaba labores de transporte independientes, a parte de las que le generaban el ingreso mensual fijo. Y es que al respecto, vale entender que el fallador *A quo* reconoce tal actividad, sólo que indica que no existe demostración de su monto, tópico frente al cual la conducta a seguir no es la negación de la pretensión, sino acudir a los mencionados criterios auxiliares que se han expuesto, entre ellos, la presunción de que devengaba por lo menos un salario mínimo legal mensual vigente como remuneración por tal actividad.

Ahora, la parte actora incluso en el recurso de alzada, insiste en que el promedio mensual recibido por las actividades de carácter independiente, no excedía los CUATROCIENTOS CINCUENTA MIL PESOS ($450.000.oo) mensuales, razón por la cual, en atención a lo establecido en el artículo 281 del C. G. del P., no es posible condenar al demandado por cantidad superior o por objeto distinto del pretendido en la demanda ni por causa diferente a la invocada en ésta, y para el caso de la segunda instancia, tampoco es posible referirse a cuestión distinta a la que fue objeto de reparo concreto presentado ante la instancia *A quo*.

En ese sentido, para determinar el valor del lucro cesante pasado se acudirá a las siguientes fórmulas, establecidas para tal concepto en la sentencia de nueve (9) de julio de dos mil doce (2012) proferida por la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil, con ponencia del Magistrado Ariel Salazar Ramírez.

Para el periodo comprendido entre el tres (3) de noviembre de dos mil trece (2013) hasta el veintiocho (28) de marzo de dos mil dieciséis (2016), se cuentan 28 meses. Esta liquidación con base en lo solicitado CUATROCIENTOS CINCUENTA MIL PESOS ($450.000.oo), actualizado a la fecha presente, arroja el siguiente resultado

$$Va = Vh \ \frac{If}{Ii}$$

Donde:

Va = Valor actual
Vh = Valor histórico
IF = IPC final (fecha de la corrección)
Ii = IPC inicial (fecha de la erogación)

Así:

IPC Noviembre de 2013: 113.68292
IPC Marzo de 2016: 130.63385

[3] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia de 28 de febrero de 2013. M.P. Arturo Solarte Rodríguez. Ref.: 11001-3103-004-2002-01011-01.

Entonces:

$$\$450.000.oo \times \frac{130.63385}{113.68292} = \$450.000.oo \times 1.149107$$

$$= \$517.098$$

De modo que la suma nominal reajustada a marzo de dos mil dieciséis (2016) asciende a: quinientos diecisiete mil noventa y ocho pesos ($517.098.oo), valor que deberá reconocerse con sus respectivos intereses legales durante 28 meses, según la fórmula matemática que permite actualizar una suma que se va generando y acumulando mes a mes y que se simboliza así: VA=LCI x Sn.

Donde,

VA=Valor actual a la fecha de la liquidación.
LCI=Lucro Cesante Mensual.
Sn=Valor acumulado de una renta periódica de 1 que se paga n veces, a una tasa de interés i por periodo.

$$Sn = \frac{(1+i)^n - 1}{i}$$

Siendo,

i=interés legal (6% anual)
n=número de pagos

Entonces

$$Sn = \frac{(1+0.005)^{28}-1}{0.005} = \frac{0.14987261}{0.005} = 29.9745$$

Luego, VA = LCI x Sn

VA = $517.098 x 29.9745 = $15.499.754.001

Así, el lucro cesante pasado a favor del señor LEM es por el valor de: QUINCE MILLONES CUATROCIENTOS NOVENTA Y NUEVE MIL SETECIENTOS CINCUENTA Y CUATRO UN PESOS ($15.499.754.001), suma por la cual se impondrá la respectiva condena, conforme lo permite el inciso tercero del artículo 281 del Código General del Proceso.

Luego, respecto del daño moral, la parte apelante considera que el monto por el cual se condenó resulta muy bajo, en consideración a los daños que se causaron y por el tiempo de dos años en los que los diarios de las sociedades demandadas se negaron a realizar la respectiva corrección, solicitando que por lo menos ascienda a los 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Sobre este punto, como bien lo resaltó el alzadista, el monto del daño moral causado no puede calcularse a través de criterios objetivos, como sucede con el perjuicio material en el cual resulta posible acudir a fórmulas matemáticas que permiten determinarlo con mayor precisión. Por eso, se ha aceptado que el Juez acuda al denominado *arbitrium judicis* para determinar su *quantum*.

Para el presente caso, debe señalarse que los guarismos similares o superiores a los cien salarios mínimos legales mensuales vigentes, se aplican para casos en los que la pena o padecimiento moral es de suma gravedad y trascendencia en la vida de una persona, como por ejemplo, cuando se trata del fallecimiento de familiares cercanos tales como padres o hijos; Al respecto, no se dice que la aflicción padecida por el aquí demandante sea intrascendente o frívola, sino que en comparación con otros de mayor gravedad, la tasación realizada por el *A quo*

resulta proporcional y por ende el monto por el concepto bajo análisis será confirmado.

Finalmente, el apoderado de la parte actora manifestó su desacuerdo respecto de la abstención en la condena por concepto de daño a la vida de relación, alegando conforme a extractos jurisprudenciales que para el caso se encontraba demostrado y en especial por la afectación de sus derechos fundamentales sufrida.

Sobre este tópico, vale mencionar que el fallador *A quo* niega la imposición de la condena por concepto de daño a la vida de relación, en virtud que según sus criterios, aquel sólo se refiere a padecimientos físicos, argumento que no puede ser de recibo con base en los mismos apartes jurisprudenciales invocados en el fallo objeto de recurso, puesto que bien claro se expresó que tal perjuicio *"No sólo puede tener origen en lesiones o trastornos de tipo físico, corporal o síquico, sino en la afectación de otros bienes intangibles de la personalidad o derechos fundamentales, e incluso en la afectación de otros intereses legítimos"* [4].

Así, bajo las consideraciones anteriormente expuestas resulta claro que la difusión de la noticia en la forma en que se hizo, sin que se corrigiera en debida forma sino habiendo transcurrido dos años, bajo señalamientos que en la misma publicación se hacen relacionados con el transporte de insumos para la fabricación de estupefacientes, es una situación que evidentemente afecta, en un contexto social como el colombiano, sus prerrogativas fundamentales a un buen nombre y a la honra, lo que provocó que personas y establecimientos de comercio que en pasada oportunidad lo contrataban, dejaron de hacerlo ante la desconfianza que les producía verse relacionados con una persona señalada de cometer ilícitos.

De lo anterior, resulta claro que la conducta culposa en la que incurrieron los medios de comunicación de propiedad de las sociedades demandadas, afectó la esfera exterior del demandante, que se vio alterada a causa de la lesión infligida a su actividad social no patrimonial, disminuyendo al menos en parte, una conducta que en forma cotidiana desarrollaba, que era su actividad comercial con sus clientes.

En tal medida, resulta válido considerar conforme al *arbitrium judicis* necesario para su tasación, que el daño a la vida de relación asciende a un monto equivalente a cuarenta salarios mínimos legales mensuales vigentes a favor del señor LEM.

Ahora, bien es cierto que los documentos obrantes en el plenario y que sirvieron de base para proferir las decisiones tanto de primera, como de segunda instancia, reposan en copia simple, tal como da cuenta la parte demandada. Sin embargo, se deja claro que aquellos instrumentos son de carácter privado, de ahí que la forma en que fueron aportados prestó mérito probatorio, porque no fueron objetados por la parte contra la cual se exhibieron, en la medida que ni siquiera existió contestación de la demanda, siendo ésta la subsunción que exige lo establecido en el artículo 246 del C. G. del P.

Finalmente, en virtud de que el recurso de apelación ha sido resuelto de forma parcialmente favorable a la parte demandante y totalmente desfavorable a la parte demandada, conservando ésta su condición de extremo vencido, se hace necesario condenar en costas de segunda instancia a la pasiva de la litis, motivo por el cual se procederá también a fijar las agencias en derecho. Con tal motivo, la Sala se regirá por lo establecido en el artículo 5º del Acuerdo PSAA16-105547, según el cual aquellas podrán ascender **HASTA** 6 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

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,

[4] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia de 13 de mayo de 2008. Citada en el fallo de primera instancia objeto de apelación al interior de presente asunto.

Resuelve:

PRIMERO. MODIFICAR el numeral 3º de la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Pasto al interior del presente asunto, y que fuera objeto de apelación, en el sentido de adicionar las condenas impuestas a cargo de la parte demandada, de la siguiente forma:

> *•A título de indemnización de daño material - lucro cesante: QUINCE MILLONES CUATROCIENTOS NOVENTA Y NUEVE MIL SETECIENTOS CINCUENTA Y CUATRO UN PESOS ($15.499.754.001), suma que deberá ser debidamente indexada al momento del pago.*
>
> *A título de daño a la vida de relación la suma equivalente a cuarenta salarios mínimos legales mensuales vigentes.*

SEGUNDO. CONFIRMAR en lo demás el fallo objeto de apelación.

TERCERO. CONDENAR en costas de segunda instancia a la parte demandada. Al momento de tasarlas, tener por agencias en derecho a cargo de la parte demandada y a favor de la parte demandante, la suma equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente.

CUARTO. ORDENAR, una vez en firme la presente decisión, el envío del expediente al Juzgado de origen.

La presente decisión se notifica por estrados de acuerdo al art. 294 del C. G. del P. No siendo otro el objeto de la presente audiencia, la misma se da por terminada, no sin antes solicitar a los intervinientes que antes de retirarse, procedan a firmar el formato de control de asistencia, que hace parte del acta a que se refiere el art. 107 del C. G. del P. Gracias.

GABRIEL GUILLERMO ORTÍZ NARVÁEZ
Magistrado

MARÍA MARCELA PÉREZ TRUJILLO
Magistrada

AIDA MÓNICA ROSERO GARCÍA.
Magistrada

LA CONCILIACIÓN COMO REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD – La falta de agotamiento puede sanearse si no es alegada dentro de la oportunidad procesal correspondiente.

No obstante, se determina que la conciliación no se agotó respecto de todos los demandantes, esto no fue advertido por la parte demandada en ningún momento del proceso, sino solo hasta la exposición de los reparos de la apelación de la sentencia de primera instancia, evidenciando una conducta pasiva, en tanto no hizo ningún reparo en la contestación de la demanda ni formuló la respectiva excepción previa, por lo cual tal omisión se encuentra saneada.

JURAMENTO ESTIMATORIO – OBJECIÓN: Debe especificar la inexactitud que se le atribuye a la estimación.

Teniendo en cuenta que la objeción al juramento estimatorio fue formulada sin el cumplimiento de los requisitos legales, en tanto no se evidencia de forma clara y concreta la inexactitud que alega, se considera que es inexistente y por consiguiente no hay lugar a tenerla en cuenta y como resultado el juramento estimatorio sigue siendo prueba del valor de la prestación, toda vez que el mismo fue presentado adecuadamente y conforme a este fueron liquidados los perjuicios causados.

RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL DERIVADA DE UN CONTRATO DE TRANSPORTE DE PASAJEROS – Requisitos.
RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL - CONTRATO DE TRANSPORTE DE PASAJEROS - Genera obligaciones de resultado y no de medio, por lo cual en caso de incumplimiento la culpa se presume, correspondiéndole la carga de la prueba al demandado.
RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL - CAUSA EXTRAÑA - Para que exonere de responsabilidad debe probarse.

De la valoración del material probatorio allegado al proceso, se determina que se encuentran acreditados los presupuestos que estructuran este tipo de responsabilidad y en concreto se establece que la parte demandada inobservó sus compromisos contractuales, tales como entregar sanos y salvos a los pasajeros hasta su lugar de destino y siendo que la presunción de culpa que pesa contra la empresa transportadora no fue desvirtuada, al no probarse la configuración de una causal eximente de responsabilidad, debe asumir las consecuencias como encargada del servicio de transporte público de pasajeros, siendo procedente declararla civilmente responsable, condenándola al resarcimiento de los perjuicios ocasionados a los demandantes./

RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL DERIVADA DEL EJERCICIO DE ACTIVIDADES PELIGROSAS – Elementos.
RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL DERIVADA DEL EJERCICIO DE ACTIVIDADES PELIGROSAS – Opera una presunción de culpa respecto del autor o guardián de la cosa por lo cual solo podrá exonerarse de la imputación probando la concurrencia de una causa extraña.
RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL DERIVADA DEL EJERCICIO DE ACTIVIDADES PELIGROSAS - SERVICIO PÚBLICO DE TRANSPORTE DE PASAJEROS: La responsabilidad civil se predica tanto del autor del hecho como de las personas naturales o jurídicas que ostentan la condición de guardianas del automotor o se lucran con esa actividad.

Como las empresas transportadoras son solidariamente responsables junto con el propietario del vehículo y los conductores de automotores destinados al servicio público de transporte, al ser beneficiarias de esa actividad y tener la condición de guardianas sobre el automotor afiliado y siendo que se demostró que existe un vínculo que liga a la empresa demandada con el causante del accidente dada la existencia de un contrato de afiliación del vehículo con el cual se causaron los daños a los demandantes, hay lugar a declararla solidaria y civilmente responsable de la comisión de tales perjuicios, al estar acreditados los elementos que configuran esta responsabilidad y en tanto, la parte pasiva de la lid no logró acreditar la causa extraña de carácter irresistible e insuperable, alegada con el propósito de ser exonerado de tal responsabilidad.

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL
SALA CIVIL FAMILIA

Magistrada Ponente:
MARÍA MARCELA PÉREZ TRUJILLO

Pasto, once (11) de mayo de dos mil dieciocho (2018)

Procede la Sala a dictar sentencia por escrito respecto del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, contra la sentencia proferida el 25 de octubre de 2017, por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Pasto, dentro del proceso Verbal responsabilidad civil contractual y extracontractual adelantado por el señor Fidencio Darío Guachavez Córdoba y los menores K, B e IDGR frente Flota Magdalena S.A.

I. ANTECEDENTES

LAS PRETENSIONES.

En el libelo presentado el 29 de abril de 2015, la apoderada judicial de la parte demandante solicitó se declare civil y contractualmente a la Flota Magdalena S.A por los perjuicios ocasionados a KD y BEGRo, y extracontractualmente responsable a la misma por los perjuicios causados a los prenombrados demandantes, así como al señor Fidencio Guachavez e IDGR como consecuencia del accidente de tránsito ocurrido el día 5 de septiembre de 2014.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demandada Flota Magdalena S.A. se pronunció sobre la demanda reconociendo parcialmente el accidente y oponiéndose a que se declare civilmente responsable y causante del accidente al conductor, contraviniendo los perjuicios invocados por los demandantes, formuló como excepciones **(i)**la existencia de fuerza mayor o el caso fortuito, aduciendo que la conducta del señor Carlos Chaparro como conductor fue prudente y le fue totalmente imposible evitar el accidente debido a que tuvo que reaccionar ágilmente;**(ii)** la inexistencia de la obligación, fundada en la inexistencia de la culpa en la conducta que se le atribuye al conductor y por ende a Flota Magdalena, argumentando que los medios probatorios allegados establecen que el hecho ocurrió por razones de fuerza mayor o caso fortuito;**(iii)** cobro de lo no debido, indicando que como consecuencia de la inexistencia de la conducta en cabeza del conductor el hecho ocurrió por causas totalmente ajenas a él y aludiendo finalmente a la excepción **(iv)** la carga de la prueba de los perjuicios, aseverando que la responsabilidad del conductor no ha sido demostrada y no existen perjuicios a condenar.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El 25 de octubre de 2017 el Juzgado Primero Civil del Circuito de Pasto dictó sentencia dentro de la audiencia de instrucción y juzgamiento, declarando civil, solidaria y contractualmente responsable a la sociedad Flota Magdalena S.A., de los daños ocasionados a los demandantes KD y BEGR, por las lesiones sufridas en el accidente de tránsito; y extracontractualmente responsable a la demandada por los daños causados a los menores referidos, como también al señor Fidencio Guachavez Córdoba y a su hijo IDGR, en accidente ocurrido el 5 de septiembre de 2014, declarando no probadas las excepciones formuladas por la demandada condenándola a pagar los perjuicios materiales, morales y por daño a la vida de relación; y finalmente condenándola en costas.

RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada judicial de la parte demandada, interpuso recurso de apelación en contra de la decisión de primera instancia formulando los siguientes reparos concretos:

No se agotó el requisito de procedibilidad en el subjudice respecto de la reclamación judicial de los menores BE,

KD e I, por responsabilidad civil contractual, de manera que no se encuentran legitimados para iniciar la presente acción.

Aduce que se presentó apreciación indebida de los medios probatorios por parte del a quo, en primer lugar en cuanto a la declaración del señor Fidencio Guachavez donde la juez de primera instancia realizó una serie de preguntas sugestivas a fin de establecer la existencia de la unión marital de hecho del mismo con la señora Ana Rosero de la Cruz (Q.E.P.D), argumentando igualmente que ello no es suficiente para establecer tal situación, toda vez que el señor Fidencio Guachavez tiene un interés en el resultado de la Litis para declarar la existencia de la unión marital de hecho, afirmando que no se encuentra probada tal calidad y no se puede invertir la carga de la prueba en los términos del artículo 164 y 167 del CGP. Advirtiendo al respecto, que genera duda la declaración de la testigo señora Ana Beatriz Miramag cuando presuntamente alude que tiene la calidad de amiga de la occisa y evidenciándose nerviosismo en sus respuestas; causando extrañeza en la parte pasiva de la lid, que el despacho en primera instancia haya declarado la existencia de la unión marital de hecho.

No obstante lo anterior, aduce que igualmente se acredito la pertinencia, la conducencia y utilidad de las pruebas de oficio, las cuales fueron negadas por parte del Despacho, dado que la parte demandada conoció de un proceso adelantado en el Juzgado Primero Civil del Circuito de Pasto por parte de la familia de la occisa, donde los mismo aducen que convivieron con la occisa en el barrio Chambu.

Por otra parte, indica que no es procedente el reconocimiento por lucro cesante futuro, en tanto según su dicho la Juez adopto una postura parcializada, acogiendo todas las pretensiones de la demandante sin tener en cuenta ningún medio de defensa.

De otro lado, aduce que no se vinculó a la compañía de seguros ya que en el término de la contestación de la demanda se hizo el llamamiento en garantía sin que se le diera trámite; no obstante, a pesar de que durante la audiencia de conciliación (101 CPC), se encontró la copia del llamamiento la juez resolvió no darle tramite, adoptando con ello una postura que también va en detrimento de los intereses de la parte demandada, aseverando que el objeto de las pólizas de responsabilidad civil contractual y extracontractual, adoptadas por la empresa tienen como fin resarcir los daños que acaezcan con ocasión de un siniestro.

Sostiene que existe inconformidad con la liquidación de los perjuicios materiales y morales reconocidos en la sentencia; en lo que atañe al lucro cesante en tanto la occisa no desempeñaba una actividad lucrativa, afirmando que no existe prueba de ello en el plenario; además de que el señor Fidencio Guachavez no logró acreditar la calidad de compañero permanente ni la dependencia económica de la difunta.

Y finalmente se repara en cuanto a los perjuicios morales, aduciendo que el demandante no probó la calidad de compañero permanente que se presume con la occisa, resultando según su parecer improcedente el reconocimiento de estos perjuicios con ocasión del fallecimiento de la señora Ana Rosero, pretendiendo a su vez reducción en la tasación del a quo respecto de las lesiones sufridas por los menores, pues considera que es oportuno regular los perjuicios morales reconocidos a los actores en virtud de que no obra en el plenario registro fotográfico de los mismos que den cuenta de la naturaleza e intensidad de la lesión, tras señalar que el dictamen de medicina legal allegado no se fundamenta en una historia clínica y es al demandante a quien le corresponde probar el supuesto hecho que busca.

Solicitando en consecuencia la nulidad de todo lo actuado o en su defecto se revoque la sentencia de primera instancia en cuanto a la tasación de los perjuicios.

II. CONSIDERACIONES

1. PROBLEMAS JURÍDICOS

Los problemas jurídicos que debe plantearse esta Sala de acuerdo con los argumentos que han propuestos en sede de segunda instancia por la parte apelante, son los siguientes:

1. Es viable afirmar que no se agotó el requisito de procedibilidad respecto de los menores B, KD e

IGR para la reclamación judicial adelantada al interior del presente asunto.

2. Examinar si en la valoración probatoria hecha en primera instancia existe contradicción entre los diferentes medios probatorios.

3. Verificar si existe detrimento de los intereses de la parte demandada por el hecho de no haber llamado en garantía a la compañía de seguros.

4. Determinar si los perjuicios causados se encuentran liquidados de conformidad con lo invocado por la parte demandante desde el libelo introductorio de la demanda

SOBRE EL REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD DE LA CONCILIACIÓN

Téngase en consideración que de forma puntual la parte recurrente, censura la falta del requisito de procedibilidad que se exige para adelantar esta clase de procesos, esto es que se haya hecho por parte de todos los demandantes, teniendo en cuenta que en la constancia de no comparecencia de 30 de octubre de 2014 (F.L. 16 C.P), solo se identifica como parte convocante al señor Fidencio Darío Guachavez Rosero y no se hace mención de sus hijos menores de edad por él representados, a fin de agotar el requisito de procedibilidad de la conciliación.

Para abordar el tema recordemos que la Jurisprudencia nacional ha considerado que:

> ***"La Conciliación:*** *Si bien los promotores omitieron cumplir con el requisito de procedibilidad previsto en el artículo 35 de la Ley 640 de 2001, tal circunstancia no hace próspera la defensa planteada por carecer de la eficacia jurídica para enervar la acción de responsabilidad civil extracontractual intentada.*
>
> *La falta de agotamiento de ese mecanismo estructurada como causal de rechazo de la demanda tiene como propósito desjudicializar y descongestionar judicialmente los litigios para hacer más eficaz la tutela judicial efectiva, obligando al interesado a procurar una solución pronta, reconstructora del tejido social y no contenciosa; mas no despojarlo del derecho que presuntamente le asiste y reclama.*
>
> *Lo argumentado en esta defensa, conforme a la jurisprudencia constitucional de esta Corporación no constituye irregularidad procesal, tampoco afecta el presupuesto de demanda en forma ni puede ser soporte para desestimar las súplicas, pues tal deficiencia debe advertirse por el juez al momento de hacerse la calificación formal del libelo introductorio y conlleva al rechazo de la demanda; o en su defecto, debe ser exigida por el opositor al contestar proponiendo la excepción previa respectiva, pero si en estas oportunidades se guarda silencio, tal anomalía queda saneada, sobre todo cuando en el trámite del juicio existen otros escenarios en los cuales se debe y puede agotar la conciliación entre los contendientes".*[1]

En el asunto de la referencia respecto del agotamiento del requisito de procedibilidad, la Sala advierte que pese a que la misma se agotó respecto del señor Fidencio Darío Guachavez Córdoba como uno de los demandantes se dejó de efectuar respecto de los demás demandantes por él representados (FL.16 C.P); no obstante, el incumplimiento de tal requisito no fue advertido por la parte demandada en ningún momento del proceso, sino solo hasta la exposición de los reparos concretos de la apelación de la sentencia de primera instancia.

Así entonces, esta Judicatura evidencia una conducta pasiva por la parte demandada, pues la misma no fue diligente durante las diversas fases del proceso, es decir, tuvo la posibilidad de hacer tal advertencia a través de la formulación de excepción previa, sobre la falta de tal requisito de procedibilidad, considerando que esta es una facultad legal del que dispuso durante el litigio a fin de acreditar tal situación y no lo hizo, además se constata que ni en la contestación de la demanda existe pronunciamiento respecto del mencionado requisito y este no es el momento oportuno para alegarlo, de modo que resulta menester afirmar que ello se encuentra saneado tal como lo ha precisado la Corte Suprema de Justicia cuando se presentan esta clase de circunstancias.

[1] Corte Suprema de Justicia M.P. Luis Armando Tolosa Villabona SC5885/2016.

SOBRE LA APRECIACIÓN DE LOS MEDIOS PROBATORIOS

Bajo el entendido de que la apreciación probatoria comporta gran relevancia para hacer justicia y aclarar la verdad de los hechos, es viable evaluar las pruebas allegadas al plenario, a fin valorarlas en la realidad fáctica que se plantea, esto es bajo las consecuencias derivadas del accidente de tránsito que protagonizo el vehículo automotor de placas UFU 375 afiliado a la Flota Magdalena S.A.

En ese sentido, respecto de la responsabilidad civil contractual, en relación a la estructura fáctica de la Litis y las pretensiones que de ella derivan, cabe recordar que según lo preceptúa el artículo 1602 del C.C, "*Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales*", de lo que deviene recordar que tal contrato debe ser escrupulosamente seguido por quienes convinieron en su estructuración.

De esta forma, la Corte Constitucional respecto de esta clase de responsabilidad mediante sentencia C-1008 de 2010, estableció lo siguiente: *"La responsabilidad civil contractual ha sido definida por la doctrina especializada como aquella que resulta de la inejecución o ejecución imperfecta o tardía de una obligación estipulada en un contrato válido. De este modo, el concepto de responsabilidad civil contractual se ubica en el contexto de un derecho de crédito de orden privado, que solo obra en un campo exclusivo y limitado, vale decir, entre las partes del contrato y únicamente respecto de los perjuicios nacidos de ese negocio jurídico".*

Desde ese punto de vista, se tiene que el contrato de transporte según lo preceptuado por el artículo 981 del Código de Comercio es: *"un contrato por medio del cual una de las partes se obliga para con la otra, a cambio de un precio, a conducir de un lugar a otro, por determinado medio y en el plazo fijado, personas o cosas y entregar éstas al destinatario",* de manera que ello implica una obligación para el transportador según lo determina el artículo 982 C.Co.; esto es que: *"El transportador estará obligado a conducir a las personas o a las cosas sanas y salvas al lugar o sitio convenido, dentro del término, por el medio y clase de vehículos previstos en el contrato"*, por lo que el transportador no se obliga únicamente a colocar toda la diligencia y cuidado en el transporte del pasajero, sino que además debe estar orientado a cumplir el resultado buscado por este último, pues en sí, lo esencial es que el trasporte se realice en perfectas condiciones; como lo ha precisado la doctrina:

> *"Si el transportador sólo se obligara a desplegar prudencia y diligencia, nos hallaríamos frente a una obligación de medio; en cambio, como en el presente caso el transportador se obliga concretamente a una determinada prestación, decimos entonces que existe una obligación de resultado. Exactamente se trata de una obligación de seguridad"* [2].

En ese contexto, el artículo 1003 Ibidem, respecto de las obligaciones del transportador ha reglamentado que:

> *"El transportador responderá de todos los daños que sobrevengan al pasajero desde el momento en que se haga cargo de éste. Su responsabilidad comprenderá, además, los daños causados por los vehículos utilizados por él y los que ocurran en los sitios de embarque y desembarque, estacionamiento o espera, o en instalaciones de cualquier índole que utilice el transportador para la ejecución del contrato".*

Ahora con base en las disposiciones citadas, resulta apropiado recordar que la teoría general de la responsabilidad civil en el ordenamiento jurídico colombiano en lo contractual es de tradición culpabilista, y dicha orientación se encuentra plasmada fundamentalmente en los artículos 63 y 1604 del Código Civil, de modo que en el particular es factible estructurar la culpa como elemento de la responsabilidad contractual, misma que puede ser: lata, leve y levísima; siendo de gran relevancia en esta clase de responsabilidad así como lo ha manifestado la corte suprema de Justicia:

[2] FRANCISCO JAVIER TAMAYO "LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL Y POR ACTIVIDADES PELIGROSAS EN EL TRANSPORTE AEREO Y TERRESTRE" RODIERE Rene, "Droit des Transports", No. 649; LE TOURNEAU Philippe, Ob. Cit., No. 1189 a 1206. 9. En ese sentido. Cas. Civ., 11 de junio de 1974, G.J., T. CXLlll, p. 137; GHESTIN-VINEY, Ob. Cit., No. 743.

> *"La responsabilidad civil solo nace de la culpa. Esta que en materia contractual consiste en la violación de la prestación convenida, origina la obligación de reparar el prejuicio, motivo por el cual la última no existe antes de la culpa".*[3]
>
> *"El artículo 63 consagra tres clases de culpa, con referencia al tipo de conducta de tres categorías abstractas de personas: las negligentes o de poca prudencia; el cuidado y diligencia de los hombres ordinarios; y por último, la esmerada diligencia de un hombre justo. Los que en la vida ordinaria no ajustan sus actos ni aun al tipo de conducta de la primera categoría de personas, cometen culpa grave; los que no los ejercen con el cuidado y diligencia de los hombres ordinarios, incurren en culpa leve; y, por último, los que no los llevan a cabo con la esperada diligencia de un hombre juicioso, cometen culpa levísima".*[4]

En ese sentido, dicho lo anterior deviene lógico determinar los presupuestos para que se abra paso a la responsabilidad contractual es decir que exista: contrato válido, incumplimiento del deudor a título de culpa, daño del acreedor y nexo causal entre la culpa y el daño.

Así las cosas, el asunto que ocupa la atención de esta Sala de Decisión en esta oportunidad, enmarcada dentro de la responsabilidad civil contractual, requiere memorar que en la demanda se ha manifestado que el día 5 de septiembre de 2014, los menores KD y BGR, ocuparon en calidad de pasajeros el rodante accidentado, hecho que se encuentra acreditado dentro del plenario con fundamento en el informe policial número 76566 (Fl.24 C.P), y en el informe ejecutivo FPJ-3 (FL.35-38) donde se describe un listado de las víctimas y la gravedad de las mismas, entre las que se encuentran los dos niños, como pasajeros del vehículo de placas UFU 735; además corre la declaración testimonial del señor Ciro Jaime Yaqueno Botina, quien también en calidad de pasajero ha referido presenciar los hechos acaecidos el día del accidente, y aunque no proporciona los nombres de las víctimas, afirma que la noche del accidente, hizo lo pertinente a fin de ayudar a sacar del bus siniestrado a dos menores, afirmando que: *"(…) Yo fui el primero en salir de ese bus rompí el vidrio y me trepe encima y empecé a gritar desde arriba que me pasaran a los niños, en ese una señora no la conozco, me decía mis hijos mis hijos, entonces yo en ese momento le dije que me los pasara, recuerdo que me paso primero a la niña, no recuerdo la edad pero más o menos le calculo unos diez años, y la señora me la paso de abajo, la empujo yo se la recibí la cogí de las manos y la niña decía que le dolía mucho el brazo, entonces trate de cogerla como de otro lado y la logré sacar; luego me pasaron al niño, yo lo tocaba normal, pero si tenía la carita ensangrentada(…)"*.

De ahí que es posible colegir que las lesiones referidas concuerdan con las aludidas en el informe policial de accidente de tránsito esto es que: *"BeGRo, 06 años de edad, residente en Pasto en…, presenta trauma craneoencefálico severo con exposición de masa encefálica, trauma columna cervical, trauma cerrado de tórax, remitido al Hospital Infantil de Pasto"* y *"KDGR, 12 años de edad, fecha de nacimiento 25-10-2001 residente en Pasto en la… presenta politraumatismos, fractura abierta antebrazo izquierdo, remitida al Hospital Infantil de Pasto"* (FL.37 y 38 c.p). Por consiguiente, la situación fáctica reseñada no pone en duda la existencia del contrato de transporte, que de forma previa se realizó entre los menores representados a través de su madre la señora Ana Rosa Rosero (q.e.p.d) y la Flota Magdalena S.A; teniendo en consideración de que esta clase de contrato no requiere solemnidad alguna y se perfecciona con el solo acuerdo de las partes según lo establece el artículo 981 del C.Co., permitiendo inferir a su vez, el incumplimiento de las obligaciones del transportador de conducir sanas y salvas al lugar de destino a las personas, por lo que derivan una serie de consecuencias para la demandada como encargada del servicio de transporte público de pasajeros, según lo confirmó la misma en la contestación de la demanda (F.L 107C.P).

Ahora bien, una vez determinada la existencia del contrato de transporte conforme las pruebas aportadas, es pertinente resaltar que la obligación que surge del referido contrato de transporte es de resultado, tal como de antaño lo ha referido la Corte Suprema de Justicia:

---

[3] CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Mayo 31 de 1938. (G.J., t. XLVI, pág. 573) Citado por: TAMAYO JARAMILLO, Javier. Culpa Contractual. Editorial Temis. Bogotá D.C. 1990. Pág. 6

[4] Corte Suprema de Justicia sentencia del 28 de marzo de 1957.

> "*En particular, en relación con el contrato de transporte, por esta Corporación se ha dicho que "la del transportador es una obligación de resultado, en la medida en que para cumplirla no le basta simplemente con poner toda su diligencia y cuidado en la conducción de las personas o las cosas, pues con arreglo a dicha preceptiva menester es que la realice en perfectas condiciones, de forma tal que solamente podría eximirse de ello demostrando la concurrencia de alguno de los acontecimientos que dependen de lo que se ha denominado una 'causa extraña', vale decir, aquellos en que, como sucede con el caso fortuito o la fuerza mayor, entre el hecho y el daño se ha roto el nexo causal, indispensable para la configuración de la responsabilidad, lo cual implica naturalmente que se adoptaron 'todas las medidas razonables' de un acarreador profesional para evitar el daño o su agravación"* [5].

Ante lo cual, es preciso memorar que *"si la obligación es de medio allí se debe probar la culpa del deudor o autor del daño, mientras que si es de resultado, ella se presume de conformidad con el artículo 1604 del Código Civil"* [6], de forma que, en tratándose de responsabilidad civil contractual con obligación de resultado, la carga de la prueba sobre dicha responsabilidad recae en el demandado, siendo pertinente indicar que a la luz del referido artículo 1003 del C.Co., el transportador está en la obligación de responder por todos los daños que sobrevengan al pasajero desde el momento en que se haga cargo de este hasta cuando el viaje haya concluido; no obstante si ello no ocurre así, el mismo responderá de todos los daños que sobrevengan al pasajero y dicha obligación cesara cuando los daños ocurran por obra exclusiva de terceras personas, por fuerza mayor sin culpa imputable al transportador y por culpa exclusiva de la víctima.

Bajo ese contexto, recordemos que se encuentra acreditado dentro del plenario que el día 5 de septiembre de 2014, siendo las aproximadamente las once 11:00 de la noche, ocurrió un accidente de tránsito en la vereda Hato Viejo Municipio de Chachagui, en el que el vehículo de placas UFU 375 afiliado a la Flota Magdalena S.A., sufrió un accidente con volcamiento cuando era conducido por el señor Carlos Arturo Chaparro Chaparro, conforme lo corroboran las pruebas que corren en el plenario así (FL 24-42 C.P), el informe policial de accidente de tránsito en el que se describe la clase de accidente, el lugar de los hechos (características de la vía y sus condiciones, iluminación existente, señales de tránsito, visibilidad y el estado en que quedo el vehículo, entre otras); así como observaciones tales como "determina exceso de velocidad de acuerdo con testimonios suministrados por testigos pasajeros cuyas entrevistas se anexan al paquete, conductor manifiesta en el lugar de los hechos fallas en sistema de dirección"; además se encuentra el listado de victimas pasajeros, entre los que se aparecen KD y BEGR, e igualmente se encuentra corroborados los hechos en el informe ejecutivo FPJ-3 diligenciado por servidores en ejercicio de funciones de policía judicial, donde el patrullero Luis Carlos Espinel, relata cómo se encontró el lugar de los hechos, luego de que fueron informados del mencionado accidente.

Posteriormente, se encuentra, el resumen de la historia clínica de KDGR, en las que se relatan las lesiones sufridas en el referido accidente, consistentes en "fractura abierta de codo, sección de la humeral, avulsión de capsula articular, sección parcial del mediano, ahora con tutor externo, refiere secreción en pines de tutor" (Fl.57 C.P), y se precisa igualmente que B como consecuencia del accidente sufrió *"trauma cráneo encefálico severo con exposición de masa encefálica, trauma columna cervical, trauma cerrado de tórax";* igualmente afloran en el plenario conceptos del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses emitidos el 2 de marzo del 2016, en el cual se informa que B presenta *"deformidad física que afecta el rostro de carácter permanente; deformidad física que afecta el cuerpo de carácter permanente"* y KD *"deformidad física que afecta el cuerpo de carácter permanente; perturbación funcional de miembro superior izquierdo de carácter permanente"* (Fl. 125 y 126 C.P).

En igual sentido, se corrobora lo anterior con la declaración del señor Ciro Yaqueno, quien aludió a la ocurrencia de los hechos así:

> *"Yo iba despierto sentía que ese bus se maqueaba mucho en las curvas, lo balanceaba mucho, yo estaba inquieto y más o menos por Chachagui, sentí que el carro freno como brusco y sentí que se volcó ese carro, yo me agarre del asiento súper duro y solamente fue el sacudón y ya el bus se volteo y ahí me di cuenta que nos habíamos estrellado" "(...) Yo a este bus lo miraba que iba muy rápido iba*

[5] Cas. Civ., sentencia de 1º de junio de 2005, expediente No. 1999-00666-01
[6] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. M.P. Pedro LafontPianetta. Sentencia del 19 de abril de 1993.

acelerado y que en las curvas me sacaba de mi puesto, tenía que cogerme para poderme sostener y eso normalmente no pasa" "no es primera vez que viajaba pero si uno siente que cuando un carro grande en el caso de esta flota coge una curva, más si va pesado y uno siente que lo saca para un lado con fuerza, porque una cosa es que lo saque despacito, pero que tenga que agarrarse para que no lo saque, es porque va a alta velocidad".

La declaración rendida por el testigo no fue tachada por sospecha así como tampoco ha sido infirmado por otro medio legal; además, muestran desde la perspectiva del deponente la manera en la que percibió la ocurrencia del accidente de tránsito, transmitiendo las circunstancias de tiempo, modo y lugar de la ocurrencia del hecho que le interesan al litigio, al igual que se muestra preciso y sin contradicciones de relevancia. Por tanto, conforme a las consideraciones expuestas, puede ratificar esta Sala que precisamente la ocurrencia del siniestro devino como consecuencia de una velocidad considerable con la que se desplazaba el rodante.

En suma, con fundamento en los medios probatorios aludidos, esta Judicatura encuentra probado con suficiencia que el transportador no ejecutó en debida forma la obligación que corría a su cargo, las pruebas aludidas ratifican la ocurrencia de un accidente con volcamiento, cuyas consecuencias se derivan en las lesiones sufridas en la humanidad de K y B; toda vez que ellos en calidad de pasajeros utilizaron el vehículo, implicando tal circunstancia el incumplimiento contractual de la demandada, que se funda a título de culpa.

Por otra parte, en lo que al daño refiere se tiene que el mismo se ha causado a los demandantes, manifestado en las lesiones y perjuicios ocasionados, con base en los documentos aportados (FL.32, 125 Y126 c.p); mismos que se presumen auténticos a la luz del artículo 244 del C.G.P.

En esa directriz, teniendo como soporte las pruebas referidas se acredita enteramente la ocurrencia de los hechos referidos en el libelo introductorio de la demanda en la fecha allí señalada y en desarrollo de un contrato de transporte debidamente ajustado, en el que resultaron lesionados los pasajeros que aquí acuden como demandantes.

En lo tocante al nexo causal, a partir de las premisas sentadas con anterioridad y con fundamento en un contrato de transporte de pasajeros, es preciso probarse el daño y la relación de causalidad por cuanto la culpa se presume en esta clase de obligaciones, e igualmente recuérdese que se sostiene por la parte demandada que el luctuoso suceso ocurrió como consecuencia de la presencia de fuerza mayor o caso fortuito al afirmar que *"le fue totalmente imposible al señor conductor CARLOS ARTURO CHAPARRO CHAPARRO evitar el accidente pues debió reaccionar ágilmente"* (FL.109 c.p). Entre tanto, si bien es cierto, la parte demandada alega la presencia de tal situación en la contestación de la demanda, ningún otro elemento de prueba se recaudó en el plenario que permita verificar la ocurrencia de tal circunstancia, quedando la postura defensiva planteada por el extremo pasivo de la lid en el campo meramente hipotético.

Al respecto es importante referirnos a la responsabilidad, respecto de los daños sufridos por KD y B, en tanto le corresponde a la sociedad transportadora, a la luz del artículo 991 del Código de Comercio, que preceptúa: *"Cuando la empresa de servicio público no sea propietaria o arrendataria del vehículo en que se efectúa el transporte, o no tenga a otro título el control efectivo de dicho vehículo, el propietario de éste, la empresa que contrate y la que conduzca, responderán solidariamente del cumplimiento de las obligaciones que surjan del contrato de transporte. La empresa tiene el control efectivo del vehículo cuando lo administra con facultad de utilizarlo y designar el personal que lo opera, directamente y sin intervención del propietario*."

En ese sentido, las personas que están legitimadas en la causa para responder solidariamente de los perjuicios producto del accidente son el propietario del vehículo, la empresa contratante y la persona que lo conduzca, y en el sub judice se encuentra debidamente acreditada dicha circunstancia bajo expresión de la demandada según lo señala el artículo 193 del C.G.P, cuando el apoderado judicial de la parte demandada acepta como cierto el hecho 2 de la contestación de la demanda (Fl. 107 c.p), que el rodante se encuentra afiliado a la Flota Magdalena S.A, por lo que resulta viable imponer condena sobre esta última por los perjuicios irrogados a los demandantes.

Con todo lo anterior, respecto de la apreciación de los medios probatorios esta judicatura no encuentra contradicción entre los mismos, ello teniendo en cuenta que el conjunto probatorio no da cuenta de la existencia

de fuerza mayor y caso fortuito como lo alega la parte demandada; pues no se encuentra una circunstancia fáctica que de forma concreta así lo determine, encontrándose estructurados los presupuestos de la acción de responsabilidad civil contractual enfilada.

Por otro lado, en tratándose de la responsabilidad civil extracontractual, es viable memorar que para la configuración de la misma exigen las disposiciones normativas la concurrencia de tres elementos, a saber: ***(i)*** La culpa, ***(ii)*** el daño y ***(iii)*** la relación de causalidad entre aquellos; por ello, le corresponde al extremo activo en la lid, de acuerdo a lo estatuido en el artículo 167 del General del Proceso, probar el supuesto de hecho que los respalde, así como también le incumbe probar los perjuicios que a aquel, se le hubieren causado.

Ahora, el asunto que ocupa la atención de esta Sala de Decisión en esta oportunidad, se enmarca dentro de la responsabilidad civil extracontractual por el ejercicio de actividades peligrosas, pues como ha indicado la jurisprudencia patria[7] la conducción de vehículos automotores, indudablemente incrementa los riesgos a los que ordinariamente se encuentran expuestas la personas, imponiendo por contera la obligación legal correlativa de cuidado por quienes desempeñen la actividad automotriz.

En ese escenario es adecuado comentar, que en materia de responsabilidad civil extracontractual, originada en 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, precisamente esta línea jurisprudencial fue reiterada, por la Corte, en el fallo de 26 de agosto de 2010, 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*

[7] Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 17 de mayo de 2011. M.P. William Namén Vargas. Referencia: 25290-3103-001-2005-00345-01 ""(…) pertinente memorar que, la conducción de automotores ha sido calificada por la jurisprudencia inalterada de esta Corte como actividad peligrosa, o sea, "aquélla que '…aunque lícita, es de las que implican riesgos de tal naturaleza que hacen inminente la ocurrencia de daños,…' (G.J. CXLII, pág. 173, reiterada en la CCXVI, pág. 504),considerada su 'aptitud de provocar un desequilibrio o alteración en las fuerzas que –de ordinario- despliega una persona respecto de otra' (sentencia de octubre 23 de 2001, Exp. 6315), su 'apreciable, intrínseca y objetiva posibilidad de causar un daño' (cas. civ. 22 de febrero de 1995, exp. 4345), o la que '… debido a la manipulación de ciertas cosas o al ejercicio de una conducta específica que lleva ínsito el riesgo de producir una lesión o menoscabo, tiene la aptitud de provocar un desequilibrio o alteración en las fuerzas que –de ordinario- despliega una persona respecto de otra', como recientemente lo registró esta Corporación en sentencia de octubre 23 de 2001, expediente 6315". (cas. civ. sentencia de 16 de junio de 2008 [SC-052-2008], exp. 47001-3103-003-2005-00611-01)."

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."[8]

Con ello, recordemos que se encuentra probado dentro del plenario que el día 5 de septiembre de 2014, ocurrió el volcamiento del vehículo de placas UFU 375 afiliado a la Flota Magdalena S.A., conforme lo corroboraron los informes de accidente de tránsito y demás elementos probatorios tal como se analizó en líneas anteriores. Así entonces, el daño puntual reclamado se sitúa en el deceso de la señora Ana Rosa Rosero de la Cruz, compañera permanente y madre de los demandantes.

Lo anterior según el informe de accidente de tránsito, pues efectivamente la señora Ana Rosa Rosero también viajaba en el vehículo accidentado, resultando lesionada y posteriormente trasladada en esa condición a la clínica Hispanoamérica de esta ciudad, donde fue intervenida por personal médico, y sin embargo falleció tal como lo acredita la respectiva historia clínica (FL. 51-56 c.p); la inspección técnica cadáver (Fl.43 c.p) y finalmente el registro civil de defunción (Fl. 23 c.p); permitiendo concluir que el deceso de la señora Ana Rosero, se produjo como consecuencia de las lesiones sufridas con el volcamiento del bus en el que ella se transportaba, encontrándose debidamente demostrado el hecho dañoso ocurrido como consecuencia directa y necesaria del desarrollo de una actividad peligrosa que desempeñaba el bus afiliado a la empresa demandada.

Por consiguiente, encontramos probada también la culpa para concluir en la responsabilidad de la demandada con base en el contenido del artículo 2356 del código civil, pues se reitera nos encontramos en escenario del desarrollo de una actividad peligrosa, desencadenada por el bus de transporte publico afiliado a la Flota Magdalena, por lo que le corresponde a esta última responder por los daños ocasionados en ejercicio de tal actividad; como lo ha referido la Corte Suprema de Justicia:

"Dentro del contexto que se viene desarrollando es de verse, por consiguiente, cómo las sociedades transportadoras, en cuanto afiliadoras para la prestación regular del servicio a su cargo, independientemente de que no tengan la propiedad del vehículo respectivo, ostentan el calificativo de guardianas de las cosas con las cuales ejecutan las actividades propias de su objeto social, no sólo porque obtienen aprovechamiento económico como consecuencia del servicio que prestan con los automotores así vinculados sino debido a que, por la misma autorización que le confiere el Estado para operar la actividad, pública por demás, son quienes de ordinario ejercen sobre el automotor un poder efectivo de dirección y control, dada la calidad que de tenedoras legítimas adquieren a raíz de la afiliación convenida con el propietario o poseedor del bien, al punto que, por ese mismo poder que desarrollan, son las que determinan las líneas o rutas que debe servir cada uno de sus vehículos, así como las sanciones a imponer ante el incumplimiento o la prestación irregular del servicio, al tiempo que asumen la tarea de verificar que la actividad se ejecute (…)" si ella es la que crea el riesgo ´… es acertado, ha dicho esta Corporación, que se le repute culpable de todo detrimento ocasionado por su obrar…´…'(sentencia número 021 de 1º de febrero de 1992, no publicada aún oficialmente), ya que, como en otra ocasión igualmente lo sostuvo, 'el solo hecho de estar afiliado un vehículo a determinada sociedad, implica que ésta en principio soporte alguna responsabilidad y tenga algún control sobre el vehículo" [9]

Así las cosas, en vista de que existe un vínculo que liga a la empresa demandada con el causante del accidente dada la existencia de un contrato de afiliación entre las mismas (FL. 107c.p), puede concluir esta Judicatura que tal relación jurídica es suficiente para exigir el pago de los perjuicios como resultado del hecho causante del daño.

Resultando coherente de conformidad con lo señalado por los artículo 983 y 991 del Código de Comercio y art 36 de la ley 36 de 1996 que las empresas de transporte público no solo obtienen aprovechamiento económico como consecuencia del servicio que prestan con los automotores vinculados, sino que además tienen la obligación de

[8] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia de 26 de agosto de 2010, M.P. Ruth Marina Díaz Rueda.
[9] CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. M.P. MARGARITA CABELLO BLANCO. SENTENCIA DE 15 DE SEPTIEMBRE DE 2016.SC12994-2016

cuidado en el desarrollo de una actividad peligrosa, puesto que son quienes de manera normal ejercen sobre el automotor poder efectivo de dirección y control; siendo en consecuencia tal aspecto suficiente para legitimar a la Flota Magdalena S.A., para responder por los perjuicios que se causan a terceros.

Por otro lado, en relación a la calidad en que actúa el señor Fidencio Guachavez como compañero permanente de la occisa, cabe recordar que la Corte Suprema de Justicia, viene sosteniendo, frente a la estructuración de la unión marital de hecho que:

> *"Es de resaltar que la jurisprudencia de la Sala tiene dicho que "tres son, pues, en esencia, los requerimientos que deben concurrir para la configuración de una unión marital de hecho: la voluntad por parte de un hombre y una mujer -en el contexto de la Ley 54 de 1990- [entre personas de igual o diferente sexo, a la luz de la Constitución Política] de querer conformar, el uno con el otro, una* ***comunidad de vida*** *y, por ende, dar origen a una familia; 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 [singularidad]; y que tal designio y su concreción en la convivencia se prolonguen en el tiempo [permanencia]"* [10]
>
> *"La permanencia, elemento que como define el DRAE atañe a la "duración firme, constancia, perseverancia, estabilidad, inmutabilidad" que se espera del acuerdo de convivencia que da origen a la familia, excluyendo de tal órbita los encuentros esporádicos o estadías que, aunque prolongadas, no alcanzan a generar los lazos necesarios para entender que hay comunidad de vida entre los compañeros.*
>
> *La ley no exige un tiempo determinado de duración para el reconocimiento de las uniones maritales, pero obviamente "la permanencia (…) debe estar unida, no a una exigencia o duración o plazo en abstracto, sino concretada en la vida en común con el fin de poder deducir un principio de estabilidad que es lo que le imprime a la unión marital de hecho, la consolidación jurídica para su reconocimiento como tal" (…), de ahí que realmente se concreta en una vocación de continuidad y, por tanto, la cohabitación de la pareja no puede ser accidental ni circunstancial sino estable"* [11].

Y en un fallo posterior concretó tales presupuestos, pues, sostuvo que:

> *"(…) en la actualidad hay unión marital de hecho cuando se da una comunidad de vida entre dos personas, de igual o diferente sexo, con ánimo de singularidad y permanencia, sin que el orden normativo vigente contemple requerimientos adicionales, que puedan restringirla o entrabarla (…) y que, de existir, serían claramente violatorios de principios del orden superior que buscan proteger la familia como pilar de la sociedad"* [12]

De la anterior línea jurisprudencial es preciso destacar que no hay requerimientos adicionales a la comunidad de vida entre dos personas, con ánimo de singularidad y permanencia, para demostrar la existencia de la unión marital de hecho; por lo que no existe norma que consagre una tarifa legal que indique los documentos requeridos para probar la calidad de compañero permanente, por lo que es válido acudir a cualquier medio probatorio consagrado en la ley, esto es los contemplados en el artículo 165 del C.G.P., para probar dicha circunstancia.

En ese orden descendiendo al caso concreto siendo que el interrogatorio de parte del señor Fidencio Guachavez da una descripción plena de las condiciones de cómo, cuándo y donde conoció a la señora Ana Rosero de la Cruz indicando que: *"era una relación normal entre pareja y con mis hijos, (…) yo la conocí a los dieciséis años y quedo en embarazo de la niña la primera estuvimos como cinco meses así, ella vivía donde la hermana, y después ya nos fuimos a vivir juntos hasta el día que paso esto (…) convivimos con ella trece años, aquí en Pasto en la… (…) ella tenía su tiendita y trabajaba para los niños (…) en la casa vivía mis esposa, los tres niños y mi persona"*; permiten inferir la existencia de la unión marital que se predica, además de que la relación no fue clandestina, tuvo notoriedad requerida para la estructuración de una comunidad de vida, es decir tenían un trato como pareja en su círculo

[11] CORTE SUPREMA DE JUSTICIA de 5 ago. 2013, rad. 2008-00084-02.
[12] CORTE SUPREMA DE JUSTICIA sentencia de casación de 15 de noviembre de 2012, expediente 2008-00322-01

familiar, social y en general ante los demás tal como lo aseveró la testigo Ana Beatriz Miramag, confirmando en esencia la afirmación antes indicada, pues en calidad de vecina dijo haber conocido a la señora Ana Rosa Rosero desde aproximadamente diez años, como una persona que vivía en pareja, que vivía con quien ella denominó su esposo junto con sus hijos, que compartía en esa casa como familia normal.

Lo anterior, permite concluir a esta judicatura con suficiencia la existencia de la unión marital de hecho entre la señora Ana Rosa Rosero (q.e.p.d) con el señor Fidencio Guachavez Córdoba, pues la valoración probatoria realizada por el sentenciador de primer grado es razonable y no se evidencia que se haya omitido o alterado el testimonio, el interrogatorio absuelto por los litigantes, ni los demás elementos probatorios aportados por el extremo actor; sin que esté de más recordarle al impugnante que contó con la oportunidad procesal pertinente para desvirtuar el dicho de la parte demandante y aun así no lo hizo, no se allegó ningún medio probatorio que coloque en duda o controvierta esta situación correspondiéndole indicar que lo así establecido no corresponde a la realidad.

SOBRE EL LLAMAMIENTO EN GARANTIA

Téngase en cuenta que la parte recurrente censura sobre la no vinculación de la compañía de seguros AXA COLPATRIA SEGUROS S.A., tras afirmar que el vehículo comprometido en el accidente de placas UFU 375 se encontraba afiliado a la misma en la fecha en que ocurrieron los hechos, amparado por la póliza de responsabilidad civil contractual para vehículos de servicio público; indicando que en principio hubo error por parte del mismo apoderado de la parte demandada, pero que posteriormente en la audiencia de conciliación el memorial fue encontrado en el expediente, por lo que considera que ello va en detrimento de sus intereses.

Para abordar el tema recordemos que el llamamiento en garantía a la luz del artículo 64 del Código General del proceso puede surgir cuando "Quien afirme tener derecho legal o contractual a exigir de otro la indemnización del perjuicio que llegare a sufrir o el reembolso total o parcial del pago que tuviere que hacer como resultado de la sentencia que se dicte en el proceso que promueva o se le promueva, o quien de acuerdo con la ley sustancial tenga derecho al saneamiento por evicción, podrá pedir, en la demanda o dentro del término para contestarla, que en el mismo proceso se resuelva sobre tal relación".

En ese orden, conforme lo obrante en el plenario se encuentra frente a este reparo, que en la audiencia de conciliación y saneamiento efectuada el día 15 de junio de 2016, (fl.135 c.p.) la mandataria judicial de la empresa Flota Magdalena S.A. advirtió que se ha dejado de citar al llamado en garantía, aduciendo que tal actuación se cumplió mediante escrito entregado en el Juzgado Primero Civil del Circuito de Pasto el día 19 de noviembre de 2015, el cual se afirma no se encontraba en el expediente y que la señora jueza en tal diligencia, ordenó buscarlo y al ser encontrado, se asegura no se le dio trámite por parte del despacho, transgrediendo según su parecer derechos de orden constitucional.

Así las cosas, se evidencia que efectivamente en la mentada audiencia de conciliación se indicó que el referido escrito de llamamiento en garantía estaba dirigido a un proceso diferente 2015-55 con destino al Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Pasto y con referencia a partes diferentes a las del presente asunto, mismo que fue enviado a dicho Juzgado con oficio 1386 de 3 de diciembre de 2015 (Fl.138,139c.p).

Por lo anterior procedió el apoderado de la parte demandada a suplicar la nulidad de todo lo actuado mediante memorial de fecha 27 de enero de 2017 (fl.142 c.p) desde la audiencia de conciliación a fin de que la aseguradora responda patrimonialmente por una eventual sentencia condenatoria y como garantía de los perjuicios ocasionados. No obstante, verificada tal situación, se advirtió por parte del a quo que no ha incurrido en omisión alguna respecto de la solicitud de vincular a la aseguradora Axa Colpatria, además de que la nulidad advertida no se encuentra en ninguna de las causales establecidas por el artículo 133 del C.G.P., y entendiendo que dichas causales son taxativas no le está permitido al juez ni a las partes aplicar la analogía para establecer vicios de nulidad, procediendo a notificar dicha decisión en estrados, sin que ninguna de las partes hiciera uso de algún recurso de impugnación al respecto.

En ese orden, como se puede apreciar si bien la parte demandada afirma haber allegado oportunamente el escrito de llamamiento en garantía, lo cierto es que en principio se presentó el error antes enunciado por su parte y sin embargo contando con la oportunidad para impugnar la decisión proferida en la referida audiencia de conciliación

donde la Jueza se pronunció al respecto, no lo hizo, toda vez que era procedente para obtener su corrección, acudir a los diferentes recursos que se han previsto para ello; razón por la cual ha fenecido la oportunidad para que la parte alegue que no se ha tenido en cuenta el llamamiento en garantía, por lo cual encontrándose que contra la decisión adoptada no se enfiló reparo alguno, la misma de halla debidamente ejecutoriada, procediendo esta Judicatura a negar la nulidad impetrada por la parte demandada.

Se itera en consecuencia que en el plenario no se acredita algún medio de impugnación que permita hacer efectivo el llamamiento en garantía, encontrándose en firme la decisión de no tener por llamado a la aseguradora, tema sobre el cual la Corte ha señalado que:

> *"En materia de ejecutoriedad de decisiones judiciales, existen las siguientes reglas: (i) Ninguna providencia judicial queda en firme sino una vez ejecutoriada, aun cuando eventualmente puede llegar a ser obligatoria si se conceden los recursos en el efecto devolutivo; y por otra parte, (ii) Solamente cuando las decisiones judiciales quedan ejecutoriadas son de estricto cumplimiento, sin embargo, la producción de sus efectos jurídicos supone el conocimiento previo de los sujetos procesales"* [13].

Al respecto, teniendo presente que la referida decisión fue notificada por estrados no se está vulnerando el debido proceso, menos aún el derecho de defensa a la parte demandada, puesto que precisamente la notificación procura asegurar la legalidad de las determinaciones judiciales adoptadas, ya que su conocimiento ampara efectivamente los derechos de defensa, contradicción e impugnación; evidenciándose por la demandada pasividad al respecto. No obstante, el hecho de no haber solicitado el llamamiento en la oportunidad establecida legalmente, no significa la imposibilidad de lograr que a través de proceso separado el eventual llamado cumpla con su obligación legal o convencional de asumir la condena impuesta a su llamante; razón por la cual esta Corporación estima que no resulta viable el reparo hecho por la apoderada judicial de la parte demandada respecto de este asunto.

SOBRE LA LIQUIDACION DE LOS PERJUICIOS MATERIALES Y MORALES

1.- Téngase en consideración que de forma puntual la parte recurrente, censura la condena efectuada por concepto de perjuicios materiales y morales, que se hizo por el a quo de conformidad con el juramento estimatorio presentado por la parte demandante en el libelo introductorio de la demanda.

Para abordar el tema recordemos que a la luz del artículo 206 del CGP *"Quien pretenda el reconocimiento de una indemnización, compensación o el pago de frutos o mejoras, deberá estimarlo razonadamente bajo juramento en la demanda o petición correspondiente, discriminando cada uno de sus conceptos",* de forma que *"Dicho juramento hará prueba de su monto mientras su cuantía no sea objetada por la parte contraria dentro del traslado respectivo".*

Así entonces, si es objetado en debida forma por la contraparte, deja de ser prueba, ya no tiene eficacia y tendría que ser reemplazado por otros medios probatorios. De ahí que, si la prueba de juramento estimatorio se presenta de conformidad con lo establecido para ello, no hay lugar a que el juez advierta que la estimación es notoriamente injusta o ilegal, o sospeche que haya fraude, colusión o cualquier otra situación similar, y si la contraparte no la ha objetado en debida forma, debe ser valorada por el juez como prueba del monto de la prestación.

Bajo esa perspectiva, la parte contra quien se presenta el juramento estimatorio lo puede objetar, en el término del traslado del escrito que lo contiene, en virtud del principio de igualdad y buena fe en el proceso, teniendo presente que *"Solo se considerará la objeción que especifique razonadamente la inexactitud que se le atribuya a la estimación"* [14], es decir debe referirse a cada rubro, partida o concepto del juramento estimatorio, afirmando que dicha cifra es inexacta.

Nótese precisamente al respecto que el apoderado judicial de la entidad demandada se refirió a la estimación de los perjuicios materiales en los siguientes términos: *"objeto y me opongo a que se condene al pago de las sumas por concepto de perjuicios materiales en contra de la FLOTA MAGDALENA S.A y a los demás demandados, por cuanto*

[13] Sentencia C-641/2002.
[14] Artículo 206 del CGP.

estos solo se desprenden del establecimiento de la responsabilidad de la demandada y la prueba de los mismos" (FL. 108 c.p); sin embargo, considera esta Sala que la objeción del juramento estimatorio no se ajusta a lo preceptuado por el referido artículo 206 Ibidem; en cuanto no se evidencia de forma clara y concreta la inexactitud que alega, además no se trata de reprochar o poner argumentos para que no haya condena al pago de la indemnización solicitada, pues lo que se debió hacer es objetar la cuantía.

En ese orden, dado que la objeción no se presenta con el cumplimiento de los requisitos establecidos, es decir *"especificando razonadamente la inexactitud que se le atribuye a la estimación"*, se considera que es inexistente y por consiguiente no hay lugar a tenerla en cuenta y como resultado el juramento estimatorio sigue siendo prueba del valor de la prestación, toda vez que el mismo ha sido presentado adecuadamente.

Efectivamente la Corte se ha referido respecto del juramento estimatorio en los siguientes términos:

> "El juramento estimatorio tiene por objeto precisamente hacer prevalecer la buena fe y la lealtad procesal sobre las formas procesales, otorgándole un valor especial a lo señalado por las partes" [15]

En ese contexto concluye esta Corporación que no se encuentra probado dentro del proceso alguna objeción o actuación que permita inferir que la estimación es injusta, ilegal o haya sospecha de fraude, toda vez que con la ocurrencia misma del infortunado hecho sucedido en día 5 de septiembre de 2014, que motivo la acción indemnizatoria que ocupa la atención de la sala bajo los elementos probatorios que fueron objeto de estudio en líneas anteriores, es viable la condena impuesta en la providencia apelada.

2. - Para finalizar, en referencia al cargo sobre la liquidación de los perjuicios morales propuestos por la parte pasiva de la lid, nótese que el artículo 2341 del Código Civil señala 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 imponga por la culpa o el delito cometido."*, de lo cual se infiere que una vez causado un daño, el causante del mismo se encuentra compelido a su reparación, indemnización o resarcimiento; sin embargo, dadas las características propias de los perjuicios morales, o extra patrimoniales como también han sido catalogados, su examen, ponderación y valoración en aras de determinar el monto de aquella, resulta abiertamente disímil a aquellos criterios utilizados tradicionalmente para liquidar los daños materiales.

En efecto para tasar el monto de los perjuicios morales, una vez acreditados los presupuestos de la responsabilidad aquiliana, como ha ocurrido en el sub lite, es menester acudir a las reglas de la lógica y la experiencia, como criterios fundantes de la ponderación judicial en éste ámbito; asistido siempre, claro está, del principio del arbitriumiudicis, el cual ha sido *"(…) el procedimiento aceptado por la jurisprudencia para la estimación de los perjuicios morales."* [16]

Ha precisado la Sala de Casación Civil al respecto que:

> *"para la valoración del quantum del daño moral en materia civil, estima apropiada la determinación de su cuantía en el marco factico de circunstancias, condiciones de modo, tiempo y lugar de los hechos, situación o posición de la víctima y de los perjudicados, intensidad de la lesión a los sentimientos, dolor, aflicción o pesadumbre y demás factores incidentes conforme al arbitrio judicial ponderado del fallador (…) por consiguiente la Corte itera que la reparación del daño causado y todo el daño causado, cualquiera sea su naturaleza, patrimonial o no patrimonial, es un derecho legítimo de la víctima y en asuntos civiles, la determinación del monto del daño moral como un valor correspondiente a su entidad o magnitud, es cuestión deferida al prudente arbitrio del juzgador según las circunstancias propias del caso concreto y los elementos de convicción".*[17]

Bajo ese criterio la corte ha iterado igualmente que:

---

[15] SENTENCIAC-279/2013
[16] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, M.P. Jorge Antonio Castillo Rugeles, Sentencia de 18 de octubre de 2000.
[17] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil sentencia 18 de septiembre de 2009.

> *"dentro del conjunto de bienes no patrimoniales que pueden resultar afectados mediante una conducta dolosa o culposa se encuentran comprendidos intereses jurídicos distintos a la aflicción, el dolor, o la tristeza que se produce en la víctima», como acontece con el «daño a la vida de relación (…) que en nuestra jurisprudencia ha adquirido un cariz autóctono, ajustado a las particularidades de nuestra realidad social y normativa», que si bien son de difícil cuantificación al no poderse establecer con base en criterios rigurosos o matemáticos «ello no se traduce en una deficiencia de esa clase de indemnización, sino en una diferencia frente a la tasación de los perjuicios económicos cuya valoración depende de parámetros más exactos".*[18]
>
> *"Adicionalmente, a pesar de la individualización de esas dos clases de lesiones extrapatrimoniales, no pueden pasarse por alto las coincidencias al momento de percatarse de su existencia, siendo que en ambos casos cobran importancia las reglas de la experiencia del fallador y que son fijados por arbitriumiudicis"* [19].

En ese contexto, se vislumbra que el a quo analizó, el cumplimiento de las exigencias prevenidas por la jurisprudencia en lo que refiere a daños de carácter moral, aducidos por los demandantes tras el deceso de la señora Ana Rosa Rosero, teniendo en cuenta el libelo introductorio de la demanda, así como la declaración del señor Fidencio Guachavez quien al preguntarle de su vida y la de sus hijos manifestó: *"ha sido muy duro porque los niños hasta ahora no han podido, están muy tristes me perdieron el año todos tres y ella era la que miraba a los niños, ella era pendiente y trabajaba en la tiendita para sacar los hijos adelante"*. Y aunado a ello cuando se le pregunta acerca del cambio de comportamiento de los menores aludió que: *"ellos han estado muy tristes, se acuerdan a cada rato de la mamá, en la noche no pueden dormir a veces se despiertan hablando de la mamá, mamá que si ya está lista la ropa para el colegio, mamá que el almuerzo, bueno eso muy duro, me ha tocado llevarlos siempre al psicólogo"*.

Incluso, lo anterior tiene apoyo con el testimonio de la señora Ana Beatriz Miramar quien da cuenta de ello, al momento de interrogarla sobre las relaciones de afecto que ligaban a la señora Ana Rosero (q.e.p.d) con los demandantes, quien aseveró que: *"ellos eran una familia normal, se los miraba que vivían bien, pues se querían y querían a los niños, la finada Rosa era una buena madre y buena esposa, durante los diez años que la conocí", igualmente al preguntarle sobre quien se hacía cargo del cuidado de los niños aludió que "era ella la mamá, pues ella era ama de casa y estaba al cuidado de los niños,(…) en relación con el señor Fidencio ella me contaba que lo quería mucho y a los niños también"*. Incluso al interrogarla sobre los cambios en las relaciones de familia posteriores al deceso de la señora Ana Rosero advirtió que *"es muy duro porque a los niños les hace mucha falta la mamá y a ellos se les nota que son muy tristes y ya no es lo mismo"*.

Al respecto ha dicho la Corte Suprema de Justicia:

> *"Por el aspecto de los perjuicios morales es obvio que la muerte o la invalidez accidental de una persona puede herir los sentimientos de afecto de muchas otras y causarles sufrimientos más o menos intensos y profundos. En principio, todos los ofendidos estarían legitimados por el daño que cada uno de ellos recibe para demandar la reparación correspondiente, pero la doctrina y la jurisprudencia han considerado necesario reservar este derecho a aquellas personas que por sus estrechas vinculaciones de familia con la víctima del accidente, se hallan en situación que por lo regular permite presumir con la certeza que requiere todo daño resarcible, la intensa aflicción que les causa la pérdida de cónyuge o de un pariente próximo…[20]". "En el mismo sentido, ha señalado la jurisprudencia la presunción de aflicción, y en consecuencia el derecho a los perjuicios morales para padres y abuelos, hijos, los cónyuges entre sí, los colaterales hasta el segundo grado (hermanos)[21]".*

[18] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, M.P. Ariel Salazar Ramírez. Sentencia de 12 de diciembre de 2017.
[19] Ibidem.
[20] Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 11 de mayo de 1976.
[21] Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 20 de febrero de 2008. Expediente 16996. C.P. Enrique Gil Botero.

De esa manera, esta Judicatura atendiendo a los principios de reparación integral, equidad, en uso del *arbitriumiudicis*, y en consideración a la aflicción que se estima padecieron los demandantes por la muerte de su madre y compañera, se considera adecuada la tasación que sobre los mismos señaló la juzgadora de primera instancia, en tanto aquellos permiten brindar una medida de satisfacción a las víctimas del hecho dañoso acaecido, y que se representa precisamente en la muerte dela señora Ana Rosa Rosero de la Cruz.

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 de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia del 25 de octubre de 2017 por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Pasto dentro del proceso Verbal formulado por Fidencio Darío Guachavez Córdoba y los menores K, B e IGR contra Flota Magdalena S.A.

SEGUNDO. – CONDENAR en costas a la parte apelante. FÍJESE por concepto de agencias en derecho el dos por ciento (2%) de las pretensiones concedidas, a cargo de la demandada Flota Magdalena S.A., y a favor de la parte demandante.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

MARÍA MARCELA PÉREZ TRUJILLO
Magistrada

GABRIEL GUILLERMO ORTÍZ NARVÁEZ
Magistrado
(Con salvamento de voto)

MARCELA ADRIANA CASTILLO SILVA
Magistrada

PAGARÉ – REQUISITOS: Para que exista este instrumento cambiario, debe determinarse claramente la forma de vencimiento.
TÍTULO VALOR EN BLANCO – CARTA DE INSTRUCCIONES: De incumplirse con alguno de los elementos que debe reunir el pagaré, como la determinación de la forma de vencimiento, las instrucciones brindadas por el aceptante, resultan ineficaces.
ACCIÓN CAMBIARIA- Se encuentra sometida a término de Prescripción.

No hay lugar a librar mandamiento de pago por la obligación contenida en un pagaré, dado que el mismo no reúne uno de los requisitos especiales exigidos para su existencia, cual es la forma de vencimiento, por cuanto no obstante, en la carta de instrucciones se facultaba al acreedor para diligenciar el espacio de tal data en cualquier momento y a su discreción, esto no constituye una verdadera forma de vencimiento, en tanto estaría llamado a vencerse en una fecha indefinida y determinable sólo por el acreedor, quedando el deudor expuesto a perpetuidad al cobro de la obligación, haciendo que la acción cambiaria se torne en imprescriptible, lo cual contraría el ordenamiento jurídico siendo que la misma prescribe en tres años a partir de la fecha de exigibilidad del título valor; término que en el presente asunto se encuentra superado, teniendo en cuenta tal fecha y la de presentación de la demanda; prescripción que fue alegada por el interesado, debiendo la ejecutante soportar las consecuencias del inoportuno ejercicio de sus derechos. /

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

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

Magistrada Sustanciadora:
MARÍA MARCELA PÉREZ TRUJILLO

1. Buenos días, en San Juan de Pasto hoy veinte (20) de noviembre de dos mil diez y ocho (2018), siendo las XXXXX, fecha y hora previamente señaladas en auto de XXXXX de XXXXX de 2018, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PASTO en SALA DE DECISIÓN CIVIL FAMILIA, integrada por la Magistrada MARÍA MARCELA PÉREZ TRUJILLO, como ponente, la Magistrada AIDA MÓNICA ROSERO GARCÍA y la Magistrada MARCELA ADRIANA CASTILLO SILVA, da inicio a la audiencia de sustentación y fallo de segunda instancia prevista en el art. 327 del C. G. del P., dentro del proceso ejecutivo mixto radicado bajo el N° 520013103002-2014-00178-01, propuesto por FLEISCHMANN FOODS S.A. en contra de JESÚS OSCAR FERNÁNDEZ MORÁN y OTROS, asunto procedente del JUZGADO SEGUNDO CIVIL DEL CIRCUITO DE PASTO.

2. Se recuerda que por conducto del Secretario Ad-Hoc designado para el efecto, y en atención a lo dispuesto en el art. 2° inc. 2° del Acuerdo PSAA15-10444 expedido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, se advirtió a las partes, apoderados, intervinientes y asistentes a la audiencia, que deben guardar las reglas de comportamiento en la sala de audiencias, descritas en el art. 5° de la referida norma, y que el juez dispone de poderes disciplinarios y correccionales para evitar dilaciones injustificadas, contemplados en los artículos 43 y 44 del C. G. del P.

3. En este momento, se deja constancia de que han comparecido los apoderados de las partes, a quienes se concede la palabra para que se identifiquen, indicando:

1. NOMBRE Y APELLIDOS COMPLETOS
2. IDENTIFICACIÓN
3. TARJETA PROFESIONAL (SÓLO PARA ABOGADOS)
4. DIRECCIÓN PARA RECIBIR NOTIFICACIONES
5. NÚMERO DE TELÉFONO

6. CORREO ELECTRÓNICO

Se comienza con el apoderado de la parte demandante (…)

Se continúa con el apoderado de la parte demandada (…)

4. A continuación, no habiendo pruebas qué practicar, se oirán las alegaciones de las partes. Para ello, teniendo en cuenta que únicamente el demandante apeló, se concederá inicialmente la palabra a su apoderado para que sustente el recurso de apelación hasta por 20 minutos, de acuerdo al art. 373 num. 4º del C. G. del P. aplicable por lo dispuesto en el art. 327 penúltimo inciso, y al art. 107 num. 3º de la misma norma. Se advierte al apelante:

> 1. Que debe sujetar su alegación a desarrollar los reparos concretos a la sentencia impugnada, expuestos ante el juzgado de primer grado, puesto que la segunda instancia examinará la cuestión debatida, únicamente en relación con tales reparos; y
>
> 2. Que para la sustentación del recurso será suficiente que el recurrente exprese las razones de su inconformidad con la providencia apelada.

Lo anterior, de conformidad con lo previsto en los artículos 320, 322 num. 3º incisos 2º y 3º y 327 inciso final del C. G. del P.

5. Tiene la palabra el apoderado de la parte demandante (…)

6. Se concede ahora la palabra al apoderado de la parte demandada, para que presente sus alegaciones respecto a la sustentación del recurso que hizo la parte contraria, hasta por 20 minutos, según las normas antes citadas.

7. En este momento, acudiendo al art. 373 num. 5º inc. 2º del C. G. del P., aplicable en esta audiencia por lo dispuesto en el art. 327 penúltimo inciso, la Sala decreta un receso de 30 MINUTOS para el pronunciamiento de la sentencia.

8. Reanudada la audiencia, siendo las XXXXX a.m. y una vez oídas y valoradas las alegaciones, procede la Sala a dictar la siguiente:

SENTENCIA

1. Como antecedentes de la decisión, nos referiremos brevemente a los siguientes puntos:

La demanda:

> El día 12 de septiembre de 2014 (fl. 4 – cdno. 1), FLEISCHMANN FOODS S.A. presentó demanda en contra de JESÚS OSCAR FERNÁNDEZ MORÁN, RUBY ARGENIS SANDOVAL VALENCIA y JOSÉ JAVIER FERNÁNDEZ MORÁN, con el fin de que previo el trámite del proceso ejecutivo mixto, se libre mandamiento de pago en contra de ellos por la suma de $289'714.556, capital contenido en un pagaré con fecha de vencimiento de 06 de mayo de 2014 (fl. 6 – cdno. 1), más los intereses de mora liquidados a partir del 07 de mayo de 2014 y hasta el pago total de la obligación.

Los hechos:

> Los supuestos fácticos en los que se fundamenta la acción, se redujeron a afirmar que: ***(i)*** JESÚS OSCAR FERNÁNDEZ MORÁN se comprometió a pagar incondicionalmente en favor de CALSA DE COLOMBIA S.A., hoy FLEISCHMANN FOODS S.A., la suma de $289'714.556 el día 06 de mayo de 2014; ***(ii)*** que el plazo se encuentre vencido y la obligación no ha sido cancelada; y ***(iii)*** que para garantizar la obligación, se cuenta con las hipotecas abiertas de cuantía indeterminada que afectan los inmuebles

identificados con M.I. N° 120-53326 y N° 120-52791 de la O.R.I.P. del Círculo de Popayán, constituidas por los demandados en favor de NABISCO ROYAL INC., sucursal de sociedad extranjera con domicilio en Palmira (Valle) que cambió su nombre a KRAFT FOODS COLOMBIA LTDA., la que posteriormente cedió sus derechos a favor de CALSA DE COLOMBIA S.A., hoy FLEISCHMANN FOODS S.A.

Posición de los demandados:

Los ejecutados se opusieron a las pretensiones de la demanda y propusieron las siguientes excepciones de mérito (fl. 90 – cdno. 1 y fls. 154 y 205 – cdno. 2):

"EXCEPCION DE LLENO DE TITULO VALOR EN BLANCO CONTRARIA A LA CARTA DE INSTRUCCIÓN", fundamentada en que: ***(i)*** el pagaré se firmó para garantizar las obligaciones comerciales adquiridas por JESÚS OSCAR FERNÁNDEZ MORÁN con CALSA DE COLOMBIA S.A., hoy FLEISCHMANN FOODS S.A.; ***(ii)*** las obligaciones adeudadas están contenidas en diferentes facturas, evidenciándose el primer incumplimiento el 12 de mayo de 2008; ***(iii)*** la fecha de vencimiento del pagaré de 06 de mayo de 2014, no es la acordada entre las partes y viola las instrucciones verbales entregadas, puesto que se pactó que el título valor sería exigible inmediatamente en caso de cualquier incumplimiento, y como se anotó, el primer incumplimiento fue 12 de mayo de 2008, por lo que esa ha debido ser la fecha de vencimiento; ***(iv)*** esta afirmación encuentra apoyo en el oficio de cobro jurídico de 16 de marzo de 2009, dirigido al señor FERNÁNDEZ MORÁN por la abogada de la sociedad ejecutante, en el que se le informó que para esa fecha las obligaciones a su cargo tenían una mora superior a 300 días, por lo que para la empresa la obligación se hizo efectiva desde el mes mayo de 2008; ***(v)*** la instrucción verbal para llenar el título valor, indicaba que la fecha de vencimiento sería una fecha cierta y determinable, conforme al art. 673 num. 2° del C. de Co., concretamente la fecha del primer incumplimiento; y ***(vi)*** la cláusula contenida en el pagaré, atinente a que el acreedor quedaba facultado para prorrogar el plazo de vencimiento del título sin necesidad de que el deudor firme una nota de prórroga, denota una posición dominante y está prohibida en las relaciones comerciales, y conlleva a que el pagaré carezca de una forma de vencimiento, pues no se verifica ninguno de los eventos previstos en el art. 673 del C. de Co., al que remite el art. 711 ejusdem, razón por la que dicha cláusula se debe declarar nula, al tenor del art. 899 num. 1° del C. de Co.

"EXCEPCION DE PRESCRIPCION EXTINTIVA", según la cual, si las obligaciones que respaldaba el título valor están contenidas en facturas que eran exigibles, la primera desde el 12 de mayo de 2008 y la última desde el 19 de septiembre de 2008, desde esas fechas y hasta el día 12 de septiembre de 2014, cuando se presentó la demanda, ya había trascurrido el término de tres (3) años previsto en el art. 789 del C. de Co. para que opere la prescripción de la acción cambiaria, destacando que no hubo interrupción ni renuncia del término de prescripción.

"EXCEPCION DEL COBRO DE LO NO DEBIDO", sustentada en que el valor cobrado, esto es $289'714.556, difiere del monto que arrojan las facturas contentivas de las obligaciones, cual es $223'490.347, resultando una diferencia de $66'224.209.

Respuesta de la parte ejecutante a las excepciones propuestas:

Actuando dentro de término, la sociedad demandante solicitó que se declaren no prosperas las excepciones, y frente a ellas se manifestó en los siguientes términos (fl. 273 – cdno. 2):

En cuanto a la primera excepción, adujo que: ***(i)*** el pagaré, en particular la fecha de vencimiento en blanco, se diligenció siguiendo las instrucciones dadas en el mismo título valor y en la carta de instrucciones, conforme a las cuales el acreedor estaba facultado para prorrogar el plazo de vencimiento o fecha de exigibilidad de la obligación, sin necesidad de que el deudor firme nota de prórroga; ***(ii)*** atendiendo las relaciones comerciales que de tiempo atrás mantenía con el deudor, la sociedad ejecutante le otorgó una considerable espera para el pago de las obligaciones, mas al no haber solución, se diligenció el título y se inició el proceso ejecutivo; y ***(iii)*** la carta de instrucciones no fue verbal sino escrita, y se allegó a la contestación de las excepciones.

De cara a la segunda excepción, arguyó que no ha operado la prescripción de la acción cambiaria, y que de acuerdo a los principios de autonomía y literalidad del título valor, no se pueden tomar en consideración otros títulos valores y que habrá de estarse a lo consignado en el instrumento cambiario.

Finalmente, controvierte el tercer medio exceptivo, aseverando que se está reclamando el pago de las obligaciones que legítimamente se adeudan.

Sentencia de primera instancia:

En audiencia celebrada el día 26 de abril de 2018, el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Pasto dictó sentencia de primera instancia (fls. 165 y 166 – cdno. 2), en la que declaró probadas las excepciones de mérito denominadas *"LLENO DE TITULO VALOR EN BLANCO CONTRARIA A LA CARTA DE INSTRUCCIÓN"* y *"PRESCRIPCION EXTINTIVA",* y en consecuencia declaró terminado el proceso y dispuso el levantamiento de las medidas cautelares decretadas.

Para llegar a tal determinación, la a quo explicó que: ***(i)*** la obligación perseguida era exigible desde mediados del año 2008, de conformidad con el requerimiento efectuado en marzo de 2009 por la abogada de la sociedad demandante al deudor, en el que se hizo referencia a una mora en el pago de las obligaciones adeudadas superior a 300 días para esa fecha, requerimiento que no fue desconocido por la parte ejecutante, incluso, el capital cobrado es igual al contenido en el pagaré; ***(ii)*** la ejecutante acudió a la cláusula de prórroga para llenar la fecha de vencimiento del título valor que inicialmente estaba en blanco; ***(iii)*** dicha estipulación permite que la obligación ya vencida y por tanto exigible, pierda estas condiciones, es decir, contiene una ampliación indefinida y a voluntad del acreedor, de la fecha de exigibilidad del título valor al deudor, razón por la cual resulta inconstitucional y se tendrá por no escrita, pues contraviene puntualmente el art. 28 de la Constitución Política, conforme al cual no hay penas imprescriptibles, independientemente de su naturaleza, como deja ver la sentencia C-301 de 1993 de la Corte Constitucional según la cual, esa norma enumera de modo no taxativo las condiciones que atentan contra el núcleo intangible de la libertad personal y protege además la dignidad humana; ***(iv)*** al llenar el espacio en blanco relativo a la fecha de vencimiento del pagaré, la sociedad demandante debió plasmar la data a partir de la cual estimaba que el ejecutado estaba en mora de pagar la obligación, y que correspondería a mediados del año 2008; ***(v)*** no se puede someter al deudor a la imposibilidad de liberarse de la obligación, a través de uno de los medios previstos por la ley para ello, como es la prescripción; y (vi) entendiéndose como no escrita la posibilidad de prorrogar la fecha de vencimiento del pagaré, en un actuar de buena fe y de acuerdo al requerimiento de pago hecho al deudor el 16 de marzo de 2009, se tendría como fecha de vencimiento un año atrás, el 16 de marzo de 2008, y si ello es así, para el 12 de septiembre de 2014, cuando se presentó la demanda, ya se había cumplido el término de prescripción consagrado en el art. 789 del C. de Co.

2. Reseñados los aspectos relevantes de la litis, se procede a resolver el recurso de apelación propuesto. Para ello, nos ceñiremos a los reparos concretos formulados por la parte apelante contra el fallo de primer grado, los cuales delimitan la competencia de esta segunda instancia de acuerdo a los arts. 320 inc. 1° y 328 inc. 1° del C. G. del P., y que pasamos a analizar:

1) En primer lugar, está el reparo según el cual **la ejecución debe seguir adelante porque la demandante diligenció la fecha de vencimiento del pagaré, de acuerdo a las instrucciones escritas del deudor, esto es, en cualquier momento y a su discreción**.

Al desarrollar este reparo en la sustentación del recurso, se adujo que (…)

Y bien, siendo tema pacífico que el pagaré se suscribió estando en blanco el espacio atinente a la fecha de vencimiento, como permite el art. 622 del Estatuto Mercantil, nuestra atención se centrará en las instrucciones dadas por el suscriptor para llenar ese espacio.

Así, encontramos que en el mismo cuerpo del instrumento cambiario (fl. 6 – cdno. 1), se estipuló que:

"[E]l acreedor queda facultado para prorrogar el plazo de vencimiento de este pagaré sin necesidad de que los Deudores firmemos una nota de prorroga respectiva"

Mientras que en la carta de instrucciones escrita, firmada por el deudor JESÚS OSCAR FERNÁNDEZ MORÁN y arrimada por la sociedad ejecutante junto con la respuesta a las excepciones de mérito (fl. 276 – cdno. 2), en lo que respecta al espacio en blanco de la fecha de vencimiento se anotó:

"*[S]e llenará con la fecha en la que se complementen los espacios en blanco del pagaré que a su vez será a discreción de CALSA DE COLOMBIA S.A., de acuerdo con estas instrucciones.*
El pagaré podrá ser llenado por CALSA DE COLOMBIA S.A. sin previo aviso y en ***cualquier momento y a su discreción****, para instrumentar obligaciones en que seamos deudores de acuerdo con estas instrucciones. "* (Subrayado y negrilla fuera de texto)

Se advierte pues con facilidad que, en efecto, la sociedad ejecutante se habría ceñido a las claras instrucciones brindadas por el aceptante del pagaré, en tanto que a su arbitrio, decidió insertar como fecha de vencimiento el 06 de mayo de 2014.

No obstante, tales instrucciones resultan ineficaces, porque llevan al incumplimiento de uno de los elementos que debe reunir el pagaré. Veamos.

Según dispone el art. 709 del C. de Co., el pagaré debe contener, además de los requisitos generales previstos para todos los títulos valores en el art. 621, entre otros elementos, *"[L]a forma de vencimiento"*.

Empero, como anota el tratadista Hildebrando Leal Pérez en su obra Títulos Valores, 15ª edición año 2014, página 215, *"[N]o trae el Código de Comercio reglas particulares sobre la forma de vencimiento para los pagarés, así que deben aplicarse las posibilidades que en materia de letras trae el mismo Código en el artículo 673. En consecuencia el pagaré puede ser a la vista, a fecha cierta, a día cierto, determinado o no, con vencimientos ciertos y sucesivos"*, acotando que la remisión normativa a la que se refiere el doctrinante, está autorizada por el art. 711 del Código Mercantil, conforme al cual, *"[S]erán aplicables al pagaré, en lo conducente, las disposiciones relativas a la letra de cambio"*.

Y en este caso, las instrucciones dadas para diligenciar el espacio correspondiente a la fecha de vencimiento, no apuntan a ninguna de las formas de vencimiento enlistadas en el art. 673 del C. de Co., por el contrario, de tales instrucciones se infiere que no se contempló una forma de vencimiento del pagaré, mismo que como fue concebido, estaría llamado a vencerse en una fecha indefinida y determinable sólo por el acreedor, incumpliéndose de esta forma uno de los requisitos especiales que el art. 709 del C. de Co. exige para la existencia del instrumento cambiario. Además, una disposición semejante, atenta contra un principio tan caro como es la seguridad jurídica, en tanto que el deudor estaría expuesto a perpetuidad al cobro de la obligación, sin ningún límite de tiempo, pues nada habría obstado para que en lugar de diligenciar la fecha de vencimiento el 06 de mayo de 2014, como en efecto ocurrió, lo hubiere hecho el día de hoy, o en cinco, diez o veinte años.

En relación con esto último, diremos que fue el querer del Legislador el que la acción cambiaria, es decir la acción ejecutiva que parte de un título valor, esté sometida a un término de prescripción. Así, la acción cambiaria directa como la presente, pues se dirige en contra de quien otorgó una promesa cambiaria, en términos del art. 781 del C. de Co., *"prescribe en tres años a partir del día del vencimiento"*, según el art. 789 de la codificación en cita.

Mas la carta de instrucciones, tendría la virtualidad de hacer que la obligación contenida en el pagaré y la acción cambiaria de ella derivada, sea imprescriptible, en tanto que facultaba al acreedor para diligenciar el espacio la fecha de vencimiento *"en cualquier momento y a su discreción"*, contrariándose así la voluntad del Legislador.

De otro lado, valga destacar que la imprescriptibilidad no es ajena a nuestro ordenamiento jurídico, sin embargo resulta excepcional y está reservada para ciertos eventos en los que se justifica el

levantamiento de talanqueras temporales para el ejercicio de algunos derechos y en consideración a la especial naturaleza de los mismos. Así por ejemplo, en materia de Derecho de Familia, el art. 217 del C. C., modificado por el art. 5° de la Ley 1060 de 2006, prevé que *"[E]l hijo podrá impugnar la paternidad o la maternidad en cualquier tiempo"*.

Y por último, advierte la Sala que mal podría estimarse que en este caso operó una renuncia de la prescripción, puesto que al tenor del art. 2514 del Código Civil, ello sólo puede ocurrir después de cumplida la prescripción y, como hemos analizado, las instrucciones para diligenciar el vencimiento del pagaré hacían que la prescripción no ocurriera, por no tener un parámetro inicial.

Por lo expuesto, este cargo no prospera.

2) Pasamos ahora a estudiar el reparo atinente a que **no es justo castigar con la prescripción de la acción cambiaria a la sociedad ejecutante, por haber dado un margen de espera al ejecutado para el pago de la obligación con el fin de mantener las relaciones comerciales y porque ha venido cobrando la obligación desde el año 2009, ante lo que el deudor se ha limitado a alegar dificultades económicas**.

En este punto, la apelante arguyó que: (…)

Y bien. Siendo ineficaces las instrucciones otorgadas para el diligenciamiento de la fecha de vencimiento del pagaré, aparece correcta la determinación adoptada por la jueza de primera instancia, de ubicar la fecha de exigibilidad de la obligación en él inserta, a **mediados del año 2008**, pues ciertamente en el oficio de cobro jurídico fechado el **16 de marzo de 2009** y remitido al deudor por la Abogada de la sociedad demandante (fl. 100 - cdno. 1), se hizo referencia a una mora en el pago de las obligaciones adeudadas superior a 300 días para esa fecha, requerimiento que no fue desconocido por la parte ejecutante, incluso, el capital cobrado es igual al contenido en el pagaré. Por tanto, para determinar la fecha de exigibilidad de las obligaciones que respaldaba el pagaré, bien se puede tomar el día **16 de mayo de 2008**, esto es, 300 días antes de la fecha del oficio de requerimiento de pago y, si ello es así, con claridad meridiana se aprecia que el término de prescripción de la acción cambiaria directa, que por lo dicho atrás es el aplicable a este caso y que el art. 789 del C. de Co. fija en tres (3) años, ya estaba cumplido para la fecha en que se presentó la demanda, esto es, el día **12 de septiembre de 2014** (fl. 4 – cdno. 1).

Y es que el avenimiento de la prescripción, no puede entenderse como un trato injusto o un castigo infligido por la administración de justicia a la sociedad afectada, en tanto que obedece a la objetiva aplicación de uno de los modos de extinguir las obligaciones, contemplado como tal en el art. 1625 del C. C., desarrollado en el art. 2512 al disponer que *"[L]a prescripción es un modo (…) de extinguir las acciones o derechos ajenos, por (…) no haberse ejercido dichas acciones y derechos durante cierto lapso de tiempo"*, y que fue alegado por el interesado, como exige el art. 2513, debiendo la ejecutada soportar las consecuencias del inoportuno ejercicio de sus derechos.

De otro lado, es importante destacar que si bien la parte ejecutante alega que ha venido cobrando la obligación desde el año 2009, y el apoderado sustituto del demandado JESÚS OSCAR FERNÁNDEZ MORAN manifestó en esta audiencia que en efecto se han presentado diferentes procesos ejecutivos para conseguir el pago de la obligación, es lo cierto que ello no puede traducirse en una eventual interrupción de la prescripción en términos del art. 2539 del Código Civil, en tanto que se deben verificar los supuestos contemplados en el art. 94 del Código General del Proceso, mas en este caso, no se tiene mayor información de los procesos judiciales adelantados.

Siendo así, este reparo tampoco es de recibo.

3) En el último de los motivos de inconformidad, se alega que **la autonomía del título valor lo desvincula del negocio jurídico subyacente**.

Al momento de sustentar la alzada, la recurrente manifestó que (…)

Sin embargo, de entrada se anuncia que este reparo correrá igual suerte que los anteriores, en la medida en que el litigio enfrenta a las mismas partes que dieron origen al instrumento cambiario, por lo que el deudor, estaba legitimado para formular excepciones relacionadas con el negocio jurídico subyacente de acuerdo con el art. 784 num. 12 del C. de Co., según el cual, contra la acción cambiaria podrán oponerse, entre otras excepciones, *"[L]as derivadas del negocio jurídico que dio origen a la creación o transferencia del título, contra el demandante que haya sido parte en el respectivo negocio o contra cualquier otro demandante que no sea tenedor de buena fe exenta de culpa"*.

Respecto a la autonomía de los títulos valores, el doctrinante Hildebrando Leal Pérez, en la página 78 de su obra atrás citada, explica que en efecto un tenedor legítimo se puede desligar del negocio causal que dio origen al instrumento, siempre que no haya participado en el mismo, es decir, que el titulo hubiere circulado, lo que no sucede en este caso. Así pues, explica el autor:

"[L]a autonomía de los títulos valores consiste en el ejercicio independiente que ejerce un tenedor legítimo del título sobre el derecho en él incorporado.
Los títulos valores contienen dentro de su razón ser el principio de la circulación, es decir, la facultad de transmitirse a muchas personas mediante el endoso respectivo, donde el endosatario adquiere un derecho totalmente autónomo de las circunstancias que dieron origen a su emisión.
Con esta figura cada tenedor adquiere un derecho que empieza en él. La autonomía se caracteriza por la incomunicabilidad de vicios, en tanto que al tenedor legítimo no se transmiten los defectos que pudieron haberse creado con las relaciones anteriores, por ejemplo, en lo que hace referencia al negocio causal que dio origen al documento y como esos vicios no se comunican, tampoco podrán proponerse excepciones al tenedor legítimo del título derivado de dicha creación, porque el título se desvinculó de las partes que le dieron nacimiento, del negocio que lo originó."

4) Es de anotar que al sustentar la alzada, el apoderado de la parte ejecutante incluyó un nuevo reparo a la decisión de primer grado, atinente a su inconformidad con el monto de las costas a las que fue condenada la parte que representa, de cara a lo cual, diremos que el reparo resulta extemporáneo, puesto que de conformidad con el art. 322 num. 3° inc. 2° del C. G. del P., los reparos deben precisarse ante la primera instancia y únicamente sobre ellos versa la sustentación ante el superior. No obstante, se advierte que según lo dispone el art. 366 num. 5° del C. G. del P., el monto de las agencias en derecho pude controvertirse a través de los recursos de reposición y apelación contra el auto que apruebe la liquidación de costas.

3. Resultan pues vencidos los argumentos del apelante y, siendo así, se impone la íntegra confirmación de la sentencia dictada por la jueza de primer grado.

4. Por último, en tanto se confirmará en todas sus partes la sentencia de primera instancia, se condenará al recurrente a pagar las costas de la segunda instancia, ello al amparo de lo dispuesto en el art. 365 num. 3º del C. G. del P. Es de anotar que dando aplicación al num. 2º de dicho canon, se procederá a fijar el valor de las agencias en derecho en este mismo fallo. Para su tasación se seguirá lo dispuesto en el num. 1.8. del Título I del art. 6º del Acuerdo 1887 de 2003 modificado por el art. 1º del Acuerdo Nº 2222 de 2003 proferido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, es decir se fijarán las agencias en derecho hasta el 5% del valor del pago confirmado.

5. 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.- CONFIRMAR la sentencia de primera instancia dictada por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Pasto al interior del presente asunto.

SEGUNDO.- CONDENAR a la parte recurrente, a pagar las costas procesales de la presente instancia.

Al momento de elaborar la liquidación de las costas causadas, téngase como agencias en derecho el equivalente a UN SALARIO MÍNIMO LEGAL MENSUAL VIGENTE (1 S.M.L.M.V.).

TERCERO.- ORDENAR, una vez culminada la actuación procesal, el envío del expediente al Juzgado de origen, dejando las anotaciones correspondientes.

Esta providencia de notifica en estrados, de acuerdo al art. 294 del C. G. del P.

No siendo otro el objeto de la presente audiencia, la misma se da por terminada, no sin antes solicitar a los intervinientes que antes de retirarse, procedan a firmar el formato de control de asistencia, que hace parte del acta a que se refiere el art. 107 del C. G. del P. Gracias.

MARÍA MARCELA PÉREZ TRUJILLO
Magistrada

AIDA MÓNICA ROSERO GARCÍA
Magistrada

MARCELA ADRIANA CASTILLO SILVA
Magistrada

PROCESO REIVINDICATORIO – PRESUPUESTOS: Razonable identidad del predio en sus características fundamentales.

Efectuado el estudio de los títulos de propiedad, se establece que no prospera la pretensión impetrada, dado que el bien pretendido en reivindicación no fue debidamente singularizado y determinado, no existiendo certeza de la identidad entre este y el poseído por el demandado y no obstante no se exige una absoluta coincidencia de linderos, es necesario que razonablemente se trate del mismo predio con sus características fundamentales, debiéndose demostrar esta circunstancia más allá de una existencia meramente formal o en documentos; y siendo además, que la acción reivindicatoria la ejerce el propietario frente al poseedor y en este caso se esgrimió por quienes se reputan dueños, contra otra persona que no sólo exhibe títulos de posesión regular, sino también de propiedad o derecho real de dominio completo.

ACCIÓN DE PERTENENCIA - El titular del derecho real de dominio de un inmueble puede adelantar tal acción a efectos de ser declarado judicialmente dueño del mismo.
DEMANDA DE RECONVENCIÓN DE DECLARACIÓN DE PERTENENCIA - PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA ORDINARIA DE DOMINIO: Requisitos.

Teniendo en cuenta que el dueño de un predio, quien tiene sobre él título de dominio debidamente registrado, puede ejercer la acción de pertenencia a efectos de poner fin a los vicios de que adolezca su título y bloquear las expectativas de todos aquellos que vinculados al trámite se crean con mejor derecho y siendo que el demandado principal y demandante en reconvención acreditó los elementos de la acción adquisitiva de dominio, hay lugar a la prosperidad de las pretensiones contenidas en la demanda de reconvención./

SALA DE DECISIÓN CIVIL FAMILIA

San Juan de Pasto, doce (12) de marzo de dos mil dieciocho (2018).

Radicación:	2011-00005-00 (663-01)
Asunto:	Apelación de sentencia en proceso ordinario
Demandante:	Andrea Landazuri Mosquera
Demandado:	Luis Felipe Martínez Salcedo
Procedencia:	Juzgado Tercero Civil del Circuito de Pasto

Magistrada Ponente:
AIDA MÓNICA ROSERO GARCÍA

Procede la Sala de Decisión a proferir sentencia escrita dentro del asunto de la referencia, tal y como se anunció en diligencia llevada a cabo el día 27 de febrero de 2018. Se resuelve el recurso de apelación propuesto de manera principal y adhesiva por los apoderados judiciales de las partes demandante y demandada principal y en reconvención, respectivamente.

I. ANTECEDENTES

DE LA DEMANDA. ANDREA LILIANA, NANCY ROCÍO y DARÍO FERNANDO LANDAZURI MOSQUERA, por intermedio de apoderado judicial, presentaron demanda en contra de LUIS FELIPE MARTÍNEZ SALCEDO, con el fin de que, previo el trámite del proceso ordinario reivindicatorio, ***(i)*** se declare que a ellos pertenece el dominio pleno y absoluto del bien identificado con matrícula inmobiliaria No. 240-179059, ***(ii)*** se condene al demandado a restituir a favor de los demandantes el inmueble en cuestión, además de indemnizar lo correspondiente a las expensas por tratarse de poseedor de mala fe, e igualmente la restitución de las cosas que forman parte del predio o que se reputen inmuebles por conexidad, ***(iii)*** se ordene la cancelación de gravámenes, y, ***(iv)*** se inscriba la sentencia proferida en el folio de matrícula inmobiliaria correspondiente.

Los hechos en los que se fundamenta la acción, en síntesis refieren lo siguiente:

> Los demandantes adquirieron por medio de la escritura pública No. 1237 de 10 de mayo de 2010, un bien inmueble descrito y alinderado en el respectivo acápite del libelo, el que según se describe, hizo parte de otro predio de mayor extensión; actuando la señora María del Carmen Ponce Ortiz en calidad de vendedora.
>
> Se alega que entre los linderos relacionados en la demanda, los que aparecen insertos en el título de propiedad, los obrantes en los planos y carta catastral, existe perfecta identidad. Sin embargo, se dijo que la vendedora no había hecho entrega material del inmueble a pesar del pleno cumplimiento de las obligaciones por parte de los compradores, motivo por el cual, hubo la necesidad de adelantar un proceso abreviado para que se efectuara la entrega, el cual tuvo una sentencia favorable.
>
> La diligencia de entrega le correspondió a la Inspección Segunda de Policía de Pasto, dentro de la cual el señor LUIS FELIPE MARTÍNEZ SALCEDO, ahora demandado, presentó la oposición que luego le fuera resuelta de manera favorable, puesto que a juicio de la funcionaria comisionada, el mencionado demostró haber sido el poseedor del inmueble.
>
> Finalmente, se alegó que el demandado de mala fe se reputa dueño del inmueble en cuestión, confundiendo a las autoridades con un título de propiedad que no corresponde a dicho predio, puesto que los verdaderos titulares son los hermanos Landazuri por tener vigente su derecho inscrito en el folio de matrícula inmobiliaria No. 240 - 179059 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Pasto.

DE LO ACTUADO EN PRIMERA INSTANCIA.- Una vez admitida la demanda, se le imprimió el trámite del proceso ordinario de mayor cuantía, que en su momento se encontraba regulado en los artículos 396 y siguientes del C.P.C.; se ordenó notificar personalmente la decisión a la parte demandada, corriendo traslado de la misma.

Siendo así, el señor LUIS FELIPE MARTÍNEZ SALCEDO contestó la demanda, oponiéndose a la totalidad de las pretensiones, argumentando ser propietario y poseedor del inmueble que se identifica con matrícula inmobiliaria No. 240-114560, adquirido mediante escritura pública No. 1681 del 27 de septiembre de 1994 de la Notaría Primera del Círculo de Ipiales. Precisó cuáles son los linderos del predio e hizo una reseña de la cadena de títulos para así concluir que no hay ninguna duda sobre la identidad del bien. Propuso las excepciones de mérito que denominó *"FALTA DE PRESUPUESTOS DE LA ACCIÓN REIVINDICATORIA", "MEJOR DERECHO DEL DEMANDADO", "POSESIÓN POR EL TIEMPO SUFICIENTE PARA QUE OPERE LA PRESCRIPCIÓN ORDINARIA DE DOMINIO"*, y la *"GENÉRICA"*.

Seguidamente, el señor MARTÍNEZ SALCEDO formuló demanda de reconvención de declaración de pertenencia, en contra de los señores LANDAZURI MOSQUERA y personas indeterminadas, misma que fundamentó de la siguiente manera:

> Alegó que compró a la señora PATRICIA SAN CLEMENTE, un bien inmueble alinderado como aparece en el respectivo escrito introductoria, a través de la escritura pública atrás mencionada e inscrita en el folio de matrícula inmobiliaria No. 240 - 114560 de la Oficina de Instrumentos Públicos de Pasto. Que desde el mismo día, se realizó la entrega material del predio, momento desde el cual el señor MARTÍNEZ SALCEDO ha ejercido posesión pública, pacífica e ininterrumpida, con conocimiento subjetivo de que es el único propietario del lote, describiendo los actos que a su juicio develan señorío, entre ellos, la oposición presentada al interior de la diligencia de entrega de la que se habló en la demanda principal.
>
> Como consecuencia de lo anterior, el demandante en reconvención describió que lleva 16 años de posesión regular, cumpliendo con los requisitos para la prosperidad de sus pretensiones de prescripción ordinaria adquisitiva de dominio. Finalmente, aclaró que está convencido de que el verdadero No. de matrícula inmobiliaria del inmueble es el 240 - 114560 y no el 240 - 173059 que alegan los actores principales.

> En consecuencia, solicitó se declare que adquirió por prescripción adquisitiva ordinaria, el derecho de dominio sobre el lote de terreno de 152 metros cuadrados, al que le corresponde la matrícula inmobiliaria No. 240 - 114560 y/o 240 - 173059 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Pasto.

Tanto la demanda principal, como en reconvención, se tuvieron por contestadas.

Siguiendo con el trámite, se agotó la audiencia contemplada en el artículo 101 del C.P.C, se abrió el proceso a pruebas, decretando las probanzas que se consideraron pertinentes. Culminada la etapa probatoria, mediante auto se corrió traslado a los litigantes para presentar sus alegatos, siendo esta etapa aprovechada oportunamente por ambas partes.

DE LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.- El Juzgado Tercero Civil del Circuito de Pasto, profirió sentencia de primera instancia el día 28 de julio de 2016, en la que decidió negar las pretensiones de la demanda principal formulada por los señores LANDAZURI MOSQUERA, e igualmente, las pretensiones de la demanda en reconvención de prescripción adquisitiva ordinaria de dominio, incoadas por el señor LUIS FELIPE MARTÍNEZ SALCEDO.

DEL RECURSO DE APELACIÓN. Actuando dentro de término, la parte demandante principal, formuló recurso de apelación en contra del fallo de primera instancia, adhiriéndose a él en forma oportuna el demandado principal y demandante en reconvención. Ambos presentaron de manera concreta los argumentos de disconformidad frente al mismo, de acuerdo a lo establecido en el art. 322 del Código General del Proceso.

En audiencia celebrada el día 27 de febrero de 2018, los recurrentes sustentaron su recurso, sin embargo, dada la complejidad del caso en examen que involucra pretensiones excluyentes, presentadas en demanda principal y de reconvención, se estimó que el fallo de segunda instancia debía ser proferido de manera escrita, tal y como lo autoriza el inciso 2°, numeral 5° del artículo 373 del C. G. del P.

Reseñados los aspectos relevantes de la litis, se procede a resolver lo que en derecho corresponda, previas las siguientes,

II. CONSIDERACIONES

Reunidos como están los presupuestos procesales para resolver el fondo del asunto, y sin que se avizore causal alguna de nulidad del proceso, deberá la Sala pronunciarse sobre los recursos de apelación propuestos contra la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Pasto.

Para ello, nos ceñiremos a los reparos concretos formulados, los cuales delimitan la competencia de esta segunda instancia de conformidad con los arts. 320 inc. 1° y 328 inc. 1° del C. G. del P., y que pasamos a analizar partiendo de los argumentos expuestos en la sustentación del recurso.

El apoderado de los demandantes principales, argumentó lo siguiente:

> 1. Que el bien sí se encuentra singularizado y determinado, pues si bien pueden existir unas inconsistencias en los linderos de la escritura pública, el estudio de la cadena de títulos anteriores al de los demandantes, se logra extraer que ellos sí corresponden a los que aparecen en la carta catastral No. 0103-0222-0007-000 del IGAC, misma conclusión a la que llegó el perito designado al interior del trámite;
>
> 2. Que igualmente, la prueba pericial y el IGAC, determinaron que los bienes de los cuales son titulares los extremos en litigio son diferentes y cada uno de ellos tiene su propia matrícula inmobiliaria, y así puede verse en la gráfica insertada a folio 33 de la sentencia apelada
>
> 3. Finalmente, que no podía determinarse que los títulos exhibidos por los demandantes principales eran posteriores a los del demandado, puesto que los correspondientes a aquellos, devienen de una cadena de títulos que se remonta a 1955, mientras que los de éste, en gracia de discusión, sólo

provienen de 1994.

El apoderado de la parte demandada principal y demandante en reconvención, manifestó también sus puntos de inconformidad:

1. Que la sentencia objeto de impugnación no se ajustaba a derecho por cuanto, de acuerdo con la sentencia de 3 de julio de 1979 y reiterada en la providencia de 22 de agosto de 2006, la Corte Suprema de Justicia ha determinado que el propietario de predio con título debidamente registrado, también puede solicitar a su favor la declaración de pertenencia.

2. Que se desconocieron las pruebas documentales y testimoniales al momento de declarar la no prosperidad de las excepciones de mérito propuestas frente a la demanda principal.

3. Que se ha demostrado que el demandante en reconvención se encuentra en posesión real, material, pacífica, continua e ininterrumpida sobre el bien que el demandado en reconvención pretende reivindicar.

4. Que si bien las partes reconocieron encontrarse en el inmueble comprometido en este asunto en la diligencia de inspección judicial, la verdad es que el predio que los demandados en reconvención pretenden reivindicar no existe, al respecto también reprochó la resolución de la objeción por error grave.

5. Finalmente, indicó que se debió imponer condena en costas a cargo de la parte demandada en reconvención.

Descendiendo al asunto en concreto, se impone precisar el problema jurídico que se suscita con la presentación del recurso de apelación por parte del apoderado judicial del demandante y apelante principal, pues por motivos prácticos permitirá avanzar en los demás tópicos planteados si hay lugar a ello, para luego formular el que suscita la alzada adhesiva. Así tenemos que el debate en la presente instancia gira en torno a un cuestionamiento jurídico principal: ¿el bien pretendido en reivindicación está debidamente singularizado y determinado, a fin de entender que existe certeza de la identidad entre aquel y el poseído por el demandado?

En primer lugar, vale recordar que la acción reivindicatoria a efectos de que proceda, tiene unos elementos, que quien la ejerce, debe acreditar a satisfacción y en su integridad, los cuales son: la propiedad del demandante respecto de la cosa cuya posesión busca; la posesión del bien por parte del demandado; que debe recaer sobre una cosa singular reivindicable o una cuota determinada de ésta; y finalmente, debe existir identidad del bien que persigue el actor con el que posee el demandado. Todos ellos aceptados y relacionados por la doctrina especializada al igual que por la jurisprudencia ya desde el año de 1938, que han sido reiterados en fallos como el de 21 de julio de 2007 con ponencia del Magistrado Cesar Julio Valencia Copete, o una más reciente de 20 de enero de 2017 con ponencia del Magistrado Luis Armando Tolosa Villabona, última en la que se advirtió:

"Con fundamento en los artículos 946, 947, 950 y 952 del Código Civil, el éxito de la acción reivindicatoria, exige acreditar el derecho de dominio en el demandante, la posesión actual del demandado, la existencia de una cosa singular o cuota determinada proindiviso reivindicable, y ni más ni menos, la identidad entre el bien perseguido por el reivindicante y el poseído por el convocado"

En este momento, también vale poner de relieve que para la prosperidad de la pretensión reivindicatoria, se deben acreditar fehacientemente todos y cada uno de los elementos antes enunciados, pues ante la falencia o duda en tan sólo uno de ellos, deviene inexorablemente la negativa de las pretensiones de la acción de dominio.

Para el caso, tal como lo mencionó el apelante principal, uno de los motivos por el cual el juzgado de primera instancia denegó las pretensiones de reivindicación, fue que no se había acreditado en debida forma que el inmueble se tratase de cosa singular y determinada, todo ello basado en un estudio de los títulos de propiedad que fueron allegados al plenario, sin que fuera necesario acudir a lo dispuesto por el dictamen pericial que fuera

objetado por error grave.

Así, respecto del mencionado elemento de la acción reivindicatoria, conviene ampliar que se relaciona de manera directa con el principio de la congruencia exigido de los jueces, según el cual, sus fallos deben estar en consonancia con los hechos y pretensiones aducidos en la demanda y con las excepciones que aparezcan probadas y que hubiesen sido alegadas, agregando que no podrá condenarse al demandado por cantidad superior o por objeto distinto del pretendido en la demanda, ni por causa diferente a la invocada en esta.

Por lo demás, también es claro que el artículo 76 del C. de P. C., ahora 83 del C. G. del P., que se constituye como el norte de toda demanda reivindicatoria, establece que las demandas que versen sobre bienes inmuebles los especificarán por su ubicación, linderos, nomenclaturas y demás circunstancias que los identifiquen, lo que determina que debe existir una absoluta identidad entre el bien pretendido en reivindicación y el que se llegue a decretar dentro del respectivo fallo.

Ahora, bien es cierto que la H. Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia ha determinado, por ejemplo, en la sentencia de 14 de marzo de 1997 con ponencia del Magistrado José Fernando Ramírez Gómez, que la precisión exigida en estos casos no puede someterse a parámetros de exactitud matemáticos, especialmente si se trata de inmuebles, de ahí que no es necesario que exista una absoluta coincidencia de linderos entre los títulos y el bien pretendido, pues por el correr de los tiempos, segregaciones, variaciones en nomenclaturas, colindantes, etc., aquellos puedan variar, de ahí que lo que se exige, es que razonablemente se trate del mismo predio con sus características fundamentales.

Sin embargo, no puede pasarse por alto que la razonable identidad del predio en sus características fundamentales, exige por más que parezca obvio, la demostración más allá de una existencia meramente formal o en documentos, afirmación que se acompasa con los argumentos elaborados por el fallador de instancia, y que pasa a explicarse a continuación con fundamento en la prueba documental allegada al plenario.

Así, del estudio de los títulos, es posible remontarse al año de 1985, calenda en la que suscribió la escritura pública No. 5960, instrumento al que se encuentra anexo el certificado catastral No. 13709 de 20 de noviembre de dicha anualidad. En él, se puede observar que a nombre de la Compañía de Jesús figuraban dos predios, el primero determinado con el número de catastro **01-03-221-0005** ubicado en la calle 14 No. 34B - 12 con un área de 318 m2; y el segundo, con el número **01-03-222-0007** con nomenclatura Calle 14 No. 34A - 20 de 141 m2, y así puede verse en el documento que aparece foliado con el número 25 del cuaderno *"Lote Landázuri"*, por lo que se tiene claridad de la existencia de dos predios desde aquella época diferentes.

Ahora, dentro de los antecedentes correspondientes a la cuestión planteada, resulta de relevancia destacar la compraventa hecha por el señor **Teodomiro Ordóñez,** la cual se reporta en la escritura pública **No. 353 de 3 de marzo de 1989**. En dicho instrumento, de forma clara aparece que el mencionado, en calidad de comprador, adquirió de Luis Antonio Jurado, un lote de terreno de una extensión de 350 m2, registrado con el folio de matrícula inmobiliaria **No. 240 - 0050616** de la ORIP y con la cédula catastral **No. 01-03-221-0005-000,** con nomenclatura Calle 14 No. 34B - 12[1]. Como puede observarse, se trata del bien inmueble primeramente nombrado, que es distinto al 01-03-222-0007 con nomenclatura Calle 14 No. 34A - 20 de 141 m2.

Luego, el señor Teodomiro Ordóñez como dueño del bien inmueble que se insiste corresponde a la matrícula inmobiliaria **No. 240 - 0050616** y con cédula catastral **No. 01-03-221-0005-000**, realizó tres actos de enajenación de su predio, en la siguiente forma:

Primero, el día 13 de abril de 1989 le vendió a la señora Leonor Guzmán de Burbano la cantidad de 154 m2, a través de la escritura pública No. 608, misma que fue registrada en el folio de matrícula inmobiliaria **No. 240 - 0050616.**

[1] Fl. 30 - C. Predio Landázuri

Luego, el día 25 de abril de 1989 le vendió al señor Rigoberto Guerra Sánchez los restantes 187 m2, a través de la escritura pública No. 711, la cual también se inscribió en el folio de matrícula inmobiliaria tantas veces mencionado **240 - 0050616.**

Hasta ahí, como puede observarse, de los 350 m2 que le correspondían al señor Teodomiro Ordóñez, ya había enajenado en el mes de abril de 1989 aproximadamente la totalidad de su predio, y se dice aproximadamente, en la medida que si se suman 154 m2 vendidos a Leonor Guzmán de Burbano mas los 187 m2 vendidos a Rigoberto Guerra Sánchez, dan un total de 341 m2, de ahí que si quedaba algo por enajenar, eran tan solo 9 m2.

Pese a ello, el 15 de marzo de 1990, casi un año después, Teodomiro Ordóñez nuevamente realizó una enajenación que versó sobre el mencionado predio, a través de la escritura No. 388; En ella, le vendió al señor Luis Antonio Ordoñez Lasso la cantidad de 141 m2. Respecto de este negocio, vale aclarar que ya se habla de un bien identificado con el código catastral **No. 01-03-0222-0007**, lo que daría a entender que se trata de inmueble diferente; y así sería, sino fuera por dos razones a saber:

> - Primero, el predio está identificado con el número de matrícula inmobiliaria **240-0050616**, que es el que se ha venido describiendo y así puede leerse en la parte final del folio 43 del cuaderno denominado lote Landázuri, al igual que en su reverso.
> - Y además, se dice que lo vendido por el señor Teodomiro Ordóñez, fue adquirido por compraventa contenida en la escritura pública No. 353 de 3 de marzo de 1989. Se recuerda que mediante dicho instrumento, lo que compró el mencionado señor fue el predio **No. 01-03-221-0005**[2], y de ninguna manera el **No. 01-03-0222-0007**.

Así, si se lee de manera atenta lo expuesto, se tiene que en los 141 m2 vendidos por Teodomiro Ordoñez a Luis Antonio Ordoñez Lasso, en esta última compraventa existió una irregularidad, puesto que como se advirtió, después de las enajenaciones realizadas en el mes de abril de 1989, si es que quedaba algo por vender, eran apenas 9 metros cuadrados. Las palabras del a quo sobre este aspecto no pueden ser más claras: *"lo que [se] vislumbra es que físicamente no habría cabida para ese tercer lote menor vendido con la escritura 388 de 141 metros cuadrados o más"*. Igualmente, lo argumentado por esta Sala halla demostración en la medida que los demandantes confesaron que jamás hubo entrega material de lo supuestamente adquirido.

Por lo tanto, se descarta entonces el argumento de reproche esbozado por la parte demandante principal cuando manifestó que el bien pretendido en reivindicación se encontraba singularizado y determinado, pues no únicamente existen unas inconsistencias en lo relacionado con los linderos de la escritura pública, sino que precisamente del estudio de los títulos anteriores al que exhiben los actores, se devela que los problemas de identificación del predio se remontan a la escritura pública No. 388 del 15 de marzo de 1990.

Ahora, los apelantes principales insisten en manifestar que los linderos que describieron en la demanda, sí coinciden con los descritos en el certificado catastral No. 0103-0222-0007-000 del IGAC, tema sobre el cual valen hacer las siguientes precisiones:

En primer lugar, el estudio de los títulos anteriores al exhibido por los demandantes principales, devela la inconsistencia presentada a partir de la escritura pública No. 388 de 15 de marzo de 1990, puesto que quien aparece en dicho instrumento como vendedor, Teodomiro Ordoñez, afirmó enajenar el predio identificado con la cédula catastral terminada en **007**, el que se dijo adquirió a través de la escritura 353 de 1989, lo cual es falso, puesto que en dicha escritura 353 lo que adquirió fue el predio con cédula catastral **005**, bien diferenciado del 007 como se develó ya desde 1985.

En otras palabras, desde 1985 ya se tenía claro que existían dos predios diferenciados, uno que correspondía a la cédula catastral **01-03-221-0005** ubicado en la **calle 14 No. 34B - 12** con un área de 318 m2; y el segundo, con el número 01-03-222-0007 con nomenclatura Calle 14 No. 34A - 20 de 141 m2, siendo sólo el primero el que fue adquirido por Teodomiro Ordoñez, para luego venderlo en dos fracciones a Leonor Guzmán Burbano en 154 m2 y Roberto Guerra Sánchez en 187 m2.

[2] Fl. 30 - C. Predio Landázuri

Por ello, si bien la parte apelante manifiesta que existe coincidencia entre los linderos expuestos en la demanda con los que aparecen reportados en la carta catastral No. 0103-0222-0007-000 del IGAC, frente al estudio de las escrituras públicas y certificados catastrales realizado tanto por el Juzgado de primer grado como por este *ad quem*, se destaca que los títulos exhibidos por el demandante con su respectiva tradición, presentan irregularidades que se remontan al año de 1990, error cometido en dicha anualidad que se convirtió en el germen de las siguientes escrituras públicas en las que se trató de corregir las dimensiones de un área, pero de ninguna manera dan solución o respuesta a los cuestionamientos develados.

Además, ténganse en cuenta también que la parte actora en reconvención presentó título de compraventa debidamente registrado ante la oficina de registro de instrumentos públicos, mismo que se reportó en la escritura pública No. 1681 de 1994, en donde aparece que LUIS FELIPE MARTÍNEZ SALCEDO compró un bien inmueble de 156 m2 ubicado en la calle 14 con carrera 34B **esquina** de la ciudad de Pasto, registrado en el folio de matrícula inmobiliaria No. 240 - 114560, a la señora Patricia San Clemente Torres, quien lo había adquirido de la sociedad Inmobiliaria Por Dicha S.A. mediante escritura pública No. 518 de 1992, persona jurídica que a su vez lo había comprado al señor Jaime Eduardo Ortega Campo mediante instrumento 3014 de 1991, y así se da cuenta de una cadena de tradentes y adquirentes que se remontan al año de 1919, pese a que documentalmente sólo se tenga cuenta en el plenario hasta el 11 de marzo de 1958 como puede verse en el cuaderno denominado *"Lote Martínez"*.

En este punto, vale destacar lo afirmado por la H. Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en el siguiente sentido:

> *"... no significa que para probar el dominio haya necesidad de remontarse en la bruma de los tiempos al estudio de todos los antecedentes del dominio alegado, sino que por tratarse la reclamación del dominio de una contención que no tiene alcances erga omnes sino que compromete tan solo a quienes comparecen al proceso en calidad de demandante y demandado, basta que el título que alega el reivindicante de la cosa poseída por otro* ***sea anterior y mejor*** *que aquel del cual resulta la posesión ejercida por el demandado para que el sentenciador deba hacer prevalecer el título anterior a la alegada posesión"*

Bajo esta perspectiva, en el caso bajo estudio, el título exhibido por el actor data del 10 de mayo de 2010, mientras que el alegado por el demandado está fechado el 27 de septiembre de 1994, por lo que sí se ameritaba el estudio de los títulos precedentes, lo que develó que no se trataba de instrumento anterior y mucho menos mejor.

En consecuencia, si bien el acta de inspección judicial obrante a folios 259 a 267 del cuaderno de pruebas de la parte demandante, da cuenta de que las partes en litigio se encontraban sobre el bien inmueble objeto del proceso, agregando que coincidían con los linderos presentados con las pretensiones reivindicatorias como la declaración de pertenencia, lo cierto es que aquello sólo develó que se encontraban sobre un área de terreno que está identificada, al menos, por dos números de matrícula inmobiliaria e igual cantidad de códigos catastrales, ambivalencia que pone de plano que no existe certeza y mucho menos determinación, más que física, jurídica, que el bien que se describió en la demanda sea el mismo que el demandado posee, o de lo que los actores entienden que son titulares del derecho de dominio.

En este punto, resulta preciso lo manifestado por el testigo Henry Miguel Verdugo Morales, residente en la ciudad de Ipiales, ingeniero civil de profesión, de 46 años de edad, quien al realizar unos estudios planimétricos de la zona en cuestión explicó de forma clara:

> *"Preguntado.- Informe al despacho según el estudio que llevó a cabo, es factible o ubicar y/o alinderar de manera práctica o física el inmueble de propiedad de los hermanos LANDAZURI quienes afirman que se encuentra ubicado en la calle 14, con carrera 34 B esquina. - CONTESTO - Esa situación la determinó de forma subjetiva la señora María del Carmen Ponce, con unas medidas que no correspondían al lote que ella inicialmente compró, ahora bien, si tenemos puntos longitudes, se podía ubicar ese lote, sin embargo sería erróneo, porque las aclaraciones que hizo la señora Ponce son erróneas y las dimensiones no van a concordar con lo vendido y lo comprado"* [3].

[3] Fl. 10 - C. Pruebas Demandante en reconvención.

Por ello, la indeterminación jurídica del bien inmueble que pretenden los demandantes principales, que no ha sido solucionada a través de las acciones legales o administrativas pertinentes, no permiten entender que el bien objeto de sus pretensiones esté determinado como cosa singular, que se trate de ese y no de ningún otro, respecto del cual se entienden propietarios.

Lo anterior, también deja entrever un interrogante particular; y es que siendo la reivindicación, la acción que ejerce el propietario de un inmueble frente a quien se presenta como poseedor, lo cierto es que en este caso la acción se esgrimió por quienes se reputan dueños, contra otra persona que no sólo exhibe títulos de posesión regular, sino también de propiedad o derecho real de dominio completo, lo que de suyo da cuenta que la cuestión problemática planteada no permite la prosperidad de las pretensiones a través de la acción ejercida.

En tal medida, como a juicio de esta Sala el predio reclamado en reivindicación no es *"cosa determinada"*, se descarta el primer argumento esgrimido por el alzadista principal y ante la falta de fehaciente acreditación de tal elemento, la acción reivindicatoria se torna impróspera, ya que como se advirtió, la falencia en alguno de tales presupuestos deviene en la negativa de las pretensiones. Lo dicho, indica que es inane el estudio de los demás reproches expuestos por la parte alzadista principal, ya que no tendrán la contundencia para derribar el pilar fundamental sobre el cual se apuntaló la decisión objeto de apelación.

Por lo demás, y respecto de uno de los reproches expuestos por el apelante adhesivo, lo dicho también permite descartar el estudio de las excepciones de fondo que fueron propuestas en la contestación de la demanda principal. Se recuerda que las excepciones perentorias son aquellas resistencias u oposiciones que el demandado esgrime contra la pretensión procesal, invocando las exoneraciones que las mismas normas sustanciales consagran para aquella, o las consecuencias jurídicas de otra normatividad sustancial que enervan el derecho atribuído, con lo cual se impide que la pretensión procesal sea actuada, o en otras palabras: *"la excepción pretender matar la pretensión"*.

Bajo ese entendido, resulta claro conforme a lo advertido en precedencia, que el demandante principal no logró acreditar en debida forma todos y cada uno de los elementos de la acción reivindicatoria, de ahí que sus pretensiones no encontraron la luz. Por ello, el juzgador de primera instancia y por el mismo hilo este ad quem, no se encuentran obligados a emitir un pronunciamiento expreso sobre las excepciones propuestas, contrario a lo que ocurriría si los presupuestos axiológicos de la reivindicación hubieran tenido cabal consolidación, o utilizando otros términos, alcanzado vida.

Ahora, de lo dicho hasta aquí también ya se han resuelto algunos de los argumentos de reproche expuestos por el apelante adhesivo, en especial el relacionado con el estudio de las excepciones y la existencia jurídica del inmueble reclamado en reivindicación. Sin embargo, la principal inconformidad revelada por este alzadista, amerita encontrar respuesta a una particular cuestión jurídica: ¿el titular del derecho real de dominio de un inmueble puede adelantar la acción de pertenencia a efectos de ser declarado judicialmente dueño del mismo bien?

Sobre el punto, la parte apelante y demandante en reconvención trajo al momento de interponer el recurso adhesivo, un extracto proveniente de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia emitido en el año de 1979 y reiterado en el año 2006, en el que se advierte que el dueño de un predio quien tiene sobre él título de dominio debidamente registrado, puede ejercer la acción de pertenencia con el fin de afirmar la solidez de su título y alcanzar la limpieza de los posibles vicios que pudiera ostentar.

De entrada, se precisa mencionar que el precedente invocado por el apelante adhesivo y demandante en reconvención, que fuera proferido por la H. Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia el 3 de julio de 1979, no solamente fue reiterado el en fallo de la misma corporación del 22 de agosto de 2006 con ponencia del Magistrado Edgardo Villamil Portilla, sino también en oportunidad más reciente cuando dicha colegiatura el 16 de diciembre de 2010 resolvió una impugnación dentro del trámite de una acción de tutela, cuyo extracto le sirvió de fundamento.

Igualmente, los supuestos de hecho que fueron conocidos por la jurisdicción en aquella oportunidad en el año 2006, encuentran identidad con los que ahora ocupa a la Sala, en la medida que se trató de la acción de pertenencia que un ciudadano adelantó a fin de se le declarara dueño de cuatro bienes inmuebles, de los que

tenía el respectivo título debidamente registrado ante la entidad competente.

En consecuencia, al plantearse por los censores un problema jurídico similar al que ahora se le pretende encontrar respuesta, la H. Sala de Casación Civil se fundamentó tanto en antecedentes legislativos como jurisprudenciales para finalmente concluir:

> *"De manera que quien tiene a su favor un título de dominio está legitimado para impetrar la prescripción ordinaria a fin de que, mediante sentencia que surta efectos de cosa juzgada frente a todo el mundo, pueda disipar toda duda acerca del derecho que tiene sobre el inmueble, para así despejar las amenazas que se ciernen, poniendo fin a las expectativas que los terceros pudieran tener sobre el mismo bien, dado que, si cualquier persona creyera tener algún mejor derecho, mediante el emplazamiento efectuado podría conocer de las pretensiones y concurrir al proceso a hacer valer sus reclamos"* [4].

Por ello, se resuelve el problema jurídico planteado en el sentido de entender que el titular del derecho real de dominio de un inmueble, sí puede adelantar la acción de pertenencia a efectos, no sólo de ser declarado dueño, sino de poner fin a los vicios de que adolezca su título y bloquear las expectativas de todos aquellos que vinculados al trámite se crean con mejor derecho.

Bajo dicho entendido, no existe talanquera legal que impida realizar el estudio de los elementos generales de la acción adquisitiva de dominio, los cuales según doctrina y jurisprudencia por igual han determinado que son: Cosa susceptible de posesión, posesión prolongada durante el tiempo fijado por la ley, además, por tratarse de la ordinaria, se requiere justo título y buena fe.

Así, respecto de tratarse de cosa susceptible de posesión conviene recordar que dicho tópico está regulado por los artículos 2518 y 2519 del Código Civil, los que en líneas generales precisan que son los bienes corporales, raíces o muebles, que están en el comercio humano. De ninguna manera pueden poseerse aquellos que son de uso público.

Para el caso, está acreditado que el bien que se pretende en usucapión ordinaria, es el ubicado en la calle 14 con carrera 34B, esquina, identificado con el número de matrícula inmobiliaria 240-114560 adquirido por el actor mediante escritura pública No. 1681 del 27 de septiembre de 1994, a la señora Patricia San Clemente Torres, con una extensión aproximada de 156 m2. Cosa corporal, inmueble, no excluida del comercio, y por lo tanto, susceptible de posesión, y que coincide con la que fue objeto de inspección judicial.

En lo atinente a la posesión prolongada durante el tiempo fijado por la ley, se tiene que el actor alega haber entrado y ejercerla desde la misma fecha en que adquirió el bien de su tradente, es decir, desde el día 27 de septiembre de 1994. Por ello, para dicha fecha se encontraba vigente el artículo 2529 antes de la modificación introducida por la ley 791 de 2002, que indicaba que el tiempo exigido para la prescripción ordinaria de inmuebles era de 10 años de posesión.

Así, acreditado se tiene mediante la escritura pública No. 1681 de 1994 que el señor LUIS FELIPE MARTÍNEZ SALCEDO entró en posesión material del predio objeto de la compraventa allí contenida, en la medida que en la cláusula sexta del instrumento puede leerse que la vendedora le hizo entrega material y real del inmueble a su comprador, transmitiéndose el dominio y la posesión que sobre él tenía y ejercía.

Igualmente, la alegada posesión se demuestra con el testimonio de la señora Alba Patricia Delgado Maya[5], quien afirma que siendo vecina del lote en cuestión, conoce al señor LUIS FELIPE MARTÍNEZ SALCEDO desde cuando ella llegó a dicho sitio en el año de 1996, que es él quien paga a una persona de apellido Nandar a efectos de que le cuide el lote, da cuenta de que fue él quien hizo las gestiones necesarias para la instalación de los servicios públicos en el año 2007, ha intentado en varias oportunidades realizar los actos de cerramiento del predio, también dando cuenta de la oposición que presentó a la diligencia de entrega tramitada por la Inspección Segunda de Policía delegada para ello.

[4] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia de 22 de agosto de 2006. M.P. Edgardo Villamil Portilla. Exp. No. 25843-3103-001-2000-00081-01.
[5] Fl. 43 - C. Pruebas de la parte demandada.

Al respecto, también obran en el plenario las copias de dicho acto en su integridad, en donde pueden encontrarse las providencias proferidas por el Juzgado Quinto Civil Municipal de Pasto y Segundo Civil del Circuito de la misma ciudad, en los que tanto en primera como segunda instancia en donde se declaró la prosperidad de la oposición presentada por LUIS FELIPE MARTÍNEZ, actos cuya existencia también fue confesada por los demandantes principales.

Por lo anterior, se tiene acreditado que los actos como instalación de servicios públicos domiciliarios, pago de dineros por concepto de vigilancia del inmueble, actos de defensa de la perturbación de la posesión por parte de terceros y los títulos que fueron expuestos, son propios de posesión y sólo se reputan de quien se considera dueño, mismos que se ejercieron como mínimo desde el año de 1996 según lo dicho por la mencionada testigo y por lo tanto, hasta la fecha de interposición de la contrademanda, junio de 2011, había durado por lo menos 15 años, entendiendo cumplido el tiempo que exige la ley para adquirir por prescripción ordinaria.

Luego, respecto del justo título en precedencia se había analizado que el exhibido por el demandante en reconvención provenía de la compraventa realizada a la señora Patricia San Clemente Torres, quien lo había adquirido de la sociedad Inmobiliaria Por Dicha S.A. mediante escritura pública No. 518 de 1992, persona jurídica que a su vez lo había comprado al señor Jaime Eduardo Ortega Campo mediante instrumento 3014 de 1991, y así se da cuenta de una cadena de tradentes y adquirentes que se remontan al año de 1919, pese a que documentalmente sólo se tenga cuenta en el plenario hasta el 11 de marzo de 1958 como puede verse en el cuaderno denominado *"Lote Martínez"*, todos traslaticios de dominio.

De dicho estudio, no se advierte que los mismos sean falsos o no otorgados por las persona que se pretende, no adolecen de vicios que lo invaliden o lo nuliten, y por lo tanto, es justo, pues teniendo por objeto la transmisión de un derecho, cual es el de propiedad y posesión, ha sido legalmente autorizado para enajenación de determinado bien inmueble por medio de compreventa, habilitándolo para adquirir la posesión de acuerdo con la ley.

Por lo demás, en cuanto a la buena fe, se entiende que es la creencia de que recibe de quien es titular del derecho la que en el derecho colombiano se presume, sin que exista elemento de convicción que permita desvirtuarla, mas por el contrario, existen pruebas que la reafirman, sobre todo si se recaba en el estudio de los títulos que le antecedieron, todos traslaticios de dominio y que crearon en el comprador, la convicción de que adquiría de quien en realidad era el propietario.

Por ende, en razón de lo acreditado se encuentra que prosperan las pretensiones adquisitivas de dominio del bien ubicado en la calle 14 con carrera 34B esquina de la ciudad de Pasto, como cuerpo cierto, identificado con matrícula inmobiliaria No. 240-114560, adquirido por escritura pública No. 1681 del 27 de septiembre de 1994 de la Notaría Primera del Círculo de Ipiales y que se identifica por los siguientes linderos: Norte: Con la carrera 34B de la ciudad de Pasto; Sur: Con Propiedades de Gloria Erazo Melo, Oriente: con propiedades que fueron de la vendedora; y occidente con la Calle 14 de la ciudad de Pasto y que fuera objeto de la inspección judicial realizada al interior del presente trámite.

En atención a lo expuesto se revocará la decisión de primera instancia en sus numerales segundo y tercero, y en su lugar, se declarará la prosperidad de las pretensiones contenidas en la demanda de reconvención formulada por LUIS FELIPE MARTÍNEZ, ordenando la inscripción de la decisión en los folios de matrícula inmobiliaria No. 240-114560 y 240-173059 de la oficina de Registro de Instrumentos Públicos; tal determinación se toma con fundamento en la regla No. 10 del artículo 375 del C.G.P que reza: *"La sentencia que declara la pertenencia producirá efectos erga omnes y se inscribirá en el registro respectivo. Una vez inscrita nadie podrá demandar sobre la propiedad o posesión del bien por causa anterior a la sentencia*." Es decir, con dicho registro se busca no sólo zanjar la controversia planteada, sino instrumentar la publicidad de la decisión tomada al interior del presente asunto, a fin de garantizar el derecho de dominio que tiene el demandante en reconvención sobre el inmueble y la oponibilidad frente a los demandantes principales y terceros.

Finalmente, en lo atinente al error grave que se argumentó que adolecía el dictamen pericial rendido al interior del plenario, la Sala encuentra que ante la situación advertida por parte del a quo, según la cual aquel no fue un elemento de convicción que sirviera para fundamentar el fallo, misma que esta Sala comparte, no se hará necesario emitir pronunciamiento al respecto.

Así las cosas, en virtud de que la sentencia de primera instancia se confirmará en cuanto a la negativa de las pretensiones de la demanda principal, y se revocará en lo atinente al libelo de reconvención, resulta que ANDREA LILIANA, NANCY ROCÍO y DARÍO FERNANDO LANDÁZURI MOSQUERA son la parte vencida del juicio y por ende, se los condenará en costas de ambas instancias.

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 los numerales SEGUNDO y TERCERO de la sentencia objeto de apelación, y en su lugar, DISPONER:

> *"**SEGUNDO: DECLARAR** la prosperidad de las pretensiones expuestas en el libelo de reconvención interpuesto por el señor LUIS FELIPE MARTÍNEZ SALCEDO en contra de ANDREA LILIANA, NANCY ROCIO y DARIO FERNANDO LANDÁZURI MOSQUERA, y en consecuencia:*
>
> ***DECLARAR** que el bien ubicado en la calle 14 con carrera 34B esquina de la ciudad de Pasto, como cuerpo cierto, identificado con matrícula inmobiliaria No. 240 - 240-114560, adquirido por escritura pública No. 1681 del 27 de septiembre de 1994 de la Notaría Primera del Círculo de Ipiales y que se identifica por los siguientes linderos: Norte: Con la carrera 34B de la ciudad de Pasto; Sur: Con Propiedades de Gloria Erazo Melo, Oriente: con propiedades que fueron de la vendedora; y occidente con la Calle 14 de la ciudad de Pasto, que fuera objeto de la inspección judicial realizada al interior del presente trámite, pertenece en dominio pleno y completo al señor LUIS FELIPE MARTÍNEZ SALCEDO.*
>
> ***INSCRIBIR** la presente sentencia estimatoria de las pretensiones en los folios de Matrícula Inmobiliaria No. **240 - 114560 y 240-173059** de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos.*
>
> ***TERCERO:** CONDENAR a ANDREA LILIANA, NANCY ROCIO y DARIO FERNANDO LANDÁZURI MOSQUERA en costas de primera instancia a favor del señor LUIS FELIPE MARTÍNEZ SALCEDO. Al momento de tasarlas, ténganse como agencias en derecho la suma equivalente a 1 SMLMV*

SEGUNDO.- CONFIRMAR en lo demás la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Pasto al interior del presente asunto, y que fuera objeto de apelación.

TERCERO.- CONDENAR en costas de segunda instancia a ANDREA LILIANA, NANCY ROCIO y DARIO FERNANDO LANDÁZURI MOSQUERA en costas de segunda instancia a favor del señor LUIS FELIPE MARTÍNEZ SALCEDO. Al momento de tasarlas, ténganse como agencias en derecho la suma equivalente a MEDIO SALARIO MÍNIMO LEGAL MENSUAL VIGENTE.

CUARTO.- ORDENAR, una vez en firme la presente decisión, el envío del expediente al Juzgado de origen

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

AIDA MÓNICA ROSERO GARCÍA
Magistrada

MARCELA ADRIANA CASTILLO SILVA
Magistrada

MARÍA MARCELA PÉREZ TRUJILLO
Magistrada

RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL - PERJUICIOS NO PATRIMONIALES - DAÑO A LA VIDA DE RELACIÓN: Deben probarse.

Siendo que para su reconocimiento se requiere de medios probatorios que permitan ver la realidad existente del daño y su grado de afectación frente a la persona involucrada, se considera que no procede su concesión, dado que no se acreditó concretamente dicho desmedro, desconociéndose la magnitud de la afectación que los demandantes pudieren haber sufrido en su vida de relación.

RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL - PERJUICIOS MORALES: Al presumirse el daño moral a partir de los lazos de consanguinidad, para su acreditación basta la prueba del parentesco.

Procedencia de la condena a la indemnización por esta clase de perjuicios, atendiendo la relación de afinidad entre los actores y la víctima, predicándose la presunción de padecimiento de dolor, aflicción y congoja que la muerte causó a la madre y al hermano, la cual no fue desvirtuada por la parte demandada; cuya tasación se realiza conforme las directrices que marca la jurisprudencia y el *arbitrium judicis,* siendo necesario aumentar la indemnización a favor del hermano, pues a pesar de su corta edad, el deceso se presentó de forma súbita e inesperada, constituyendo una situación completamente difícil de asumir y explicar a un niño de escasa edad; situación que no se hace extensiva a la madre, por cuanto el monto fijado a su favor se encuentra dentro de los parámetros admitidos jurisprudencialmente para la tasación de perjuicios morales en los eventos de muerte.

RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL - COMPENSACIÓN DE CULPAS O COPARTICIPACIÓN CAUSAL: Al prestar un servicio de recreación que comporta un riesgo, la obligación de control y vigilancia recae en el propietario.

Hay lugar a determinar la responsabilidad plena y absoluta en cabeza de la entidad demandada, propietaria del centro recreacional donde ocurrió el hecho, siendo que al ejercer una actividad que comportaba un riesgo, al prestar el servicio de piscina, sobre la cual ostentaba poder de control y dirección, le asistía el deber legal de tomar las precauciones de rigor en dicho escenario, acatando obligatoriamente normas mínimas de seguridad, como sería entre otras, contar con el personal calificado que atendiera cualquier eventualidad, lo cual fue omitido, no siendo factible trasladar en ningún grado la obligación de garante que le asistía a la demandada de mantener un salvavidas en el lugar de los hechos, para asumir que existe una compensación de culpas o coparticipación causal, con respecto del menor fallecido o de las personas que se encontraban a cargo, no prosperando por tanto, la solicitud de reducción de la indemnización.

CAMBIO DE POSTURA DE LA SALA - CONTRATO DE SEGURO DE RESPONSABILIDAD: El asegurador está obligado al pago de los daños de cualquier tipo que se cause al beneficiario del seguro.

Teniendo en cuenta la variación jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia en lo referente a la exclusión de amparo por perjuicios extrapatrimoniales en contratos de seguro de daños, incluidos los de responsabilidad civil contractual o extracontractual, se considera la procedencia de condenar a la aseguradora llamada en garantía a pagar el 100% de la indemnización reconocida a favor de los demandantes por concepto de perjuicios morales, conforme con la póliza de seguros contratada con la entidad demandada, siendo que el amparo cubre tanto los pagos por perjuicios patrimoniales como extrapatrimoniales, en virtud de que el asegurador está obligado a mantener al asegurado indemne de los daños de cualquier tipo que causa al beneficiario del seguro.

SALA DE DECISIÓN CIVIL-FAMILIA

San Juan de Pasto, veintiséis (26) de julio de dos mil dieciocho (2018)

Radicación: 2017-000009-00 (161-01)

Asunto: Apelación de sentencia en proceso ordinario de responsabilidad civil extracontractual
Demandante: NAGO
Demandado: Caja de Compensación Familiar
Procedencia: Juzgado Segundo Civil del Circuito de Tumaco.

Magistrada Ponente:
AIDA MÓNICA ROSERO GARCÍA

Procede la Sala de Decisión a proferir sentencia dentro del asunto de la referencia.

I. ANTECEDENTES

DE LA DEMANDA.- La señora NAG, actuando en su propio nombre, y en representación de su hijo menor de edad, JDMG, solicitó que se declare que la Caja de Compensación Familiar de Nariño, propietaria del Centro Recreacional Confamiliar Chilví, es civil y extracontractualmente responsable de los perjuicios a ellos causados, por los hechos ocurridos el día 6 de julio de 2014, en las instalaciones del mencionado Centro Recreacional, donde falleció su otro hijo, DAGO, cuando asistía a una actividad recreativa organizada con ocasión del cumpleaños del niño MS.

Como consecuencia de la anterior declaración, solicitó que se condene a la parte demandada, a pagar las siguientes sumas de dinero a título de indemnización:

- Por concepto de *PERJUICIOS MORALES*, para la madre del menor, NAGO, la suma equivalente a 200 SMLMV; y para el hermano del niño, JDMG, la suma equivalente a 100 SMLMV.

- Por concepto de *INTERRUPCIÓN DE LA VIDA AFECTIVA Y DE RELACIÓN FAMILIAR* para la madre del menor, NAGO, la suma equivalente a 200 SMLMV; y para el hermano del niño, JDMG, la suma equivalente a 100 SMLMV.

- Por concepto de *DAÑO EQUIPARABLE AL PERJUICIO PSICOLÓGICO Y SÍQUICO,* por la pérdida en la capacidad de goce, generados por la muerte de DAGO, para la madre del menor, NAGO, la suma equivalente a 200 SMLMV; y para el hermano del niño, JDMG, la suma equivalente a 100 SMLMV.

Los hechos en los que se fundamenta la acción, en síntesis refieren lo siguiente:

La señora NAGO, es madre cabeza de familia de JDMG y de quien en vida respondió al nombre de DAGO, quienes al momento de la ocurrencia de los hechos contaban con 3 y 5 años de edad, respectivamente.

El día 6 de julio de 2014, el niño DAGO, salió de paseo al Centro Recreacional Confamiliar de la localidad de Chilví, jurisdicción del municipio de Tumaco, con ocasión de la celebración de cumpleaños de su mejor amigo, el menor de edad, MS, quien iba acompañado de sus hermanas KATHERINE, LEIDY y JULIA CORTES BOYA.

La señora NAGO, no pudo acompañar a su hijo, por cuanto debía quedarse en casa al cuidado de su otro hijo menor JDMG, quien se encontraba delicado de salud.

Ante la presión de sus amigos, vecinos y la insistencia de DAGO, su madre le concedió permiso para que asistiera a la invitación, recomendándoselo a las tres hermanas CORTES BOYA.

La celebración de cumpleaños se desarrolló alrededor de la piscina pequeña del centro recreacional, sin embargo, DAGO, en compañía de otro niño ingresaron a la piscina de mayores que no tenía cerramientos ni tampoco personal encargado del acceso a la misma, pues en ese lugar ya se encontraba nadando otro menor, llamado AQB, de 12 años de edad.

Minutos después, el niño que acompañaba a DAGO, dio pronto aviso a las personas que se encontraban en el evento, informando que aquel se estaba ahogando; de inmediato se dirigieron al lugar y se percataron que AQ ya lo había sacado de la piscina. La señora CLAUDIA GUEVARA VALENCIA enfermera turista residente en la ciudad de Cali, quien se encontraba de paseo en ese lugar le prestó los primero auxilios y un taxista que también permanecía ahí prestó su vehículo para llevar a DA al Hospital San Andrés de Tumaco, sin embargo, cuando llegaron al Centro Hospitalario, el niño ya había fallecido.

Advirtieron los demandantes que ningún personal adscrito al Centro Recreacional Confamiliar hizo presencia en el lugar de los hechos, verificándose además que esa zona no cumplía con las normas mínimas de seguridad indicadas en la ley 1209 de 2008, reglamentada por el Decreto 554 de 2015, por medio del cual se establecen normas de seguridad en piscinas, que entre otras cosas imponen contar con:

1). Salvavidas para evitar cualquier tipo de accidente, que tenga conocimiento de resucitación cardiopulmonar, debidamente certificado como salvavidas.
2). Un botiquín adecuado
3). La vara de extensión
4). Los salvavidas circulares atados a una cuerda
5). Un sistema de alarma para las situaciones de emergencia.
6). El cerramiento según las especificaciones legales y las alarmas de agua con censor de inmersión para la vigilancia en horario en que no se encuentre en servicio las piscinas.

Finalmente, afirmaron los demandantes que en la entrada de la piscina no había un letrero o personal perteneciente al Centro Recreacional Confamiliar que señalara la prohibición del acceso a las áreas a los menores de edad sin la compañía de un adulto responsable.

DE LA CONTESTACIÓN.-

La empresa demandada CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR DE NARIÑO manifestó oponerse a todas las pretensiones y condenas por ser improcedentes y carentes de sustento fáctico y jurídico.

Frente a la mayoría de los hechos manifestó que no le constaban y que debían ser probados por la parte demandante en el transcurso del proceso.

Señaló que no están demostrados ni los hechos, ni las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrió el supuesto accidente.

Adujo que ninguna persona integrante de la planta de personal del Centro Recreacional Chilví, con anterioridad a la presentación de la demanda fue notificado de requerimiento alguno por los hechos narrados en la demanda.

Formuló las excepciones de mérito que denominó: *"AUSENCIA O INEXISTENCIA DE NEXO CAUSAL O RELACIÓN CAUSAL" "INEXISTENCIA DEL DERECHO Y LA OBLIGACIÓN QUE SE RECLAMA" "COBRO DE LO DEBIDO" "FALTA O AUSENCIA DE CAUSA PARA PEDIR" " HECHO EXCLUSIVO DE LOS DEMANDANTES" " FALTA DE ACERVO PROBATORIO" " LA INNOMINADA".*

Paralelamente, la Caja de Compensación demandada llamó en garantía a la aseguradora LA PREVISORA S. A. COMPAÑÍA DE SEGUROS, entidad que a través de su apoderada judicial dio contestación al libelo demandatorio y al llamamiento en garantía, señalando frente al primero que ninguna de las afirmaciones contenidas en la relación fáctica le constan, por tanto, se allanó a lo que resultare legalmente probado en el curso del proceso. Así mismo, manifestó oponerse a la totalidad de las pretensiones, proponiendo las excepciones de mérito que denominó *"CARENCIA DE DERECHO PARA DEMANDAR"* y *"AUSENCIA DE NEXO CAUSAL",*

Frente al llamamiento en garantía, manifestó que en efecto existe una póliza de responsabilidad civil extracontractual, sin embargo, expresó oponerse a que su representada responda por una eventual condena total o parcial, formulando la excepción de fondo que denominó: *"DELIMITACIÓN CONTRACTUAL DETERMINADA*

EN LOS AMPAROS, COBERTURAS Y DEDUCIBLES PACTADOS. INEXISTENCIA DE AMPARO DE PERJUICIOS EXTRA PATRIMONIALES"

DE LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.- Mediante fallo emitido el 20 de febrero de 2018, el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Tumaco, resolvió: ***(i)*** Declarar que LA CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR DE NARIÑO, es civil y extracontractualmente responsable de los perjuicios sufridos por la señora NAGO y el menor JDMG. ***(ii)*** Condenar a la CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR DE NARIÑO, a pagar el 70% de los perjuicios morales padecidos por NAGO y el menor JDMG, correspondientes a la suma de $ 42.000.000 para la primera y, $ 10.500.000 para el segundo. ***(iii)*** Ordenar a la CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR DE NARIÑO, cancelar el valor de la condena impuesta en el término de diez (10) días siguientes a la ejecutoria. ***(iv)*** Declarar probada la excepción planteada por la PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS, que formuló contra la CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR DE NARIÑO, nominada "*DELIMITACIÓN CONTRACTUAL DETERMINADA EN LOS AMPAROS, COBERTURAS Y DEDUCIBLES PACTADOS. INEXISTENCIA DE AMPARO DE PERJUICIOS EXTRA PATRIMONIALES*".

DEL RECURSO DE APELACIÓN.-

La apoderada judicial de la PARTE DEMANDANTE expuso que su inconformismo se remonta en primer lugar, a que la sentencia de primera instancia no acogió las pretensiones segunda, cuarta, y quinta de la demanda, tras considerar que no se logró probar la causa que generó los perjuicios solicitados, desconociendo que en los alegatos de conclusión se indicó que aquellos son hechos notorios, mismos que de acuerdo a la legislación civil colombiana, no requieren demostración alguna.

En segundo lugar, adujo que la vida familiar y afectiva de los demandantes fue interrumpida con la muerte de D. Que con los registros civiles y con la prueba de medicina legal se demostró que el niño falleció por inmersión. Por tanto, consideró que el monto reconocido como indemnización no se compadece con los sufrimientos de una madre y de un niño que aun pregunta por su hermano, a quien le hace falta, ya que para la época de los hechos ya tenía conciencia.

El apoderado judicial de la PARTE DEMANDADA también formuló sus reparos con base en dos puntos a saber:

> 1. Señaló que no se puede reducir la indemnización reconocida a los demandantes, apoyado en criterios de *"compensación de culpas"* como lo hizo el juzgado de primera instancia, pues de acuerdo a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, debe hacerse en términos de *"coparticipación causal",* es decir, con criterios de "imputación del hecho", para lo cual, la reducción de condena impuesta a la Caja de Compensación Familiar de Nariño, debe ser equivalente a un 50%; ello por cuanto la coparticipación causal fue determinante en proporciones iguales, tanto para la entidad demandada como para los acompañantes de DGO. Que si bien se acepta que la demandada incurrió en una conducta omisiva, debe tenerse en cuenta que el propio comportamiento del menor, aunado al descuido en que incurrieron los adultos que no se hicieron responsables de su seguridad, permite evidenciar reducción del daño resarcible ya que la víctima contribuyó realmente con la causación de su propio daño.
>
> 2. Indicó que el amparo por perjuicios extrapatrimoniales de la víctima no debe estar contemplado expresamente en la póliza de seguro, pues así lo dispuso la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 12 de diciembre de 2017. Que en dicho fallo se otorgó una doble función a este tipo seguros de la que antes carecían, dado que, además de proteger de algún modo el patrimonio del asegurado, pretenden directamente reparar a la víctima quien entra a ostentar la calidad de beneficiaria de la indemnización. Por tal motivo, solicitó dar aplicación al citado precedente jurisprudencial, y en consecuencia, no declarar probada la excepción propuesta por la aseguradora llamada en garantía, para en su lugar, condenarla a pagar a los demandantes el 100% de los valores objeto de indemnización, en virtud de la póliza de seguros No. 3000026, suscrita con la Caja de Compensación Familiar de Nariño.

II. CONSIDERACIONES

Están reunidos los presupuestos procesales para emitir la decisión de fondo, en un trámite en el que por vía de la apelación no se censura la legitimación de las partes en conflicto, ni se encuentra reparo a la sanidad de lo actuado.

Asistiéndole competencia a esta Corporación para desatar los recursos de apelación propuestos, se advierte que el alcance de su intervención se limita únicamente a pronunciarse acerca de los argumentos expuestos por las partes apelantes (art. 328 C.G.P.).

En ese sentido, debe recordarse que el Juez de primera instancia encontró acreditados todos los elementos que estructuran la responsabilidad civil extracontractual, sin que ello haya sido censurado por ninguna de las partes; motivo por el cual, la Sala no realizará ningún pronunciamiento o estudio sobre tales presupuestos, sino que se ocupará de resolver los siguientes problemas jurídicos:

> 1. ¿Hay lugar a reconocer perjuicios por concepto de daño psicológico y daño a la vida de relación a favor de la señora NAGO y del niño JDMG?
>
> 2. ¿La indemnización reconocida por el a quo a favor de los demandantes por concepto de perjuicios morales, es suficiente para resarcir el daño causado?
>
> 3. ¿Debe reducirse la condena impuesta a la parte demandada en un 50%, atendiendo a los criterios de *"coparticipación causal"* establecidos por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia?
>
> 4. ¿Teniendo en cuenta la variación jurisprudencial que ha surgido frente al contrato de seguro de responsabilidad, es procedente declarar NO PROBADA la excepción formulada por LA PREVISORA S.A COMPAÑÍA DE SEGUROS, relacionada con la inexistencia de amparo de perjuicios extrapatrimoniales, y en su lugar, condenarla a pagar la indemnización reconocida a favor de los demandantes, en virtud de la póliza de seguros contratada con la Caja de Compensación Familiar de Nariño?

1. En aras de resolver el primer interrogante planteado, es importante señalar que los daños extrapatrimoniales, según jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia[1], no se circunscriben al daño moral, pues dentro del conjunto de bienes no pecuniarios que pueden resultar afectados mediante una conducta antijurídica, se encuentran comprendidos intereses distintos a la aflicción, el dolor o la tristeza que un hecho dañoso produce en las víctimas. En ese orden, son especies de perjuicio no patrimonial, además del moral, *el daño a la vida de relación y la lesión a bienes jurídicos de especial protección constitucional o convencional*.

En ese sentido, de entrada se anuncia que no hay lugar a reconocer el *perjuicio psicológico y psíquico* incoado por los demandantes, en primera medida porque no ha sido contemplado concretamente por el máximo órgano de la jurisdicción civil como un perjuicio extrapatrimonial, y segundo, porque si en gracia de discusión se tuviera como tal, no obra prueba en el plenario que demuestre en qué consiste el mismo y cómo se materializa. Contrario a lo dicho por la apoderada judicial de los demandantes cuando presentó sus reparos, los perjuicios causados no son hechos notorios, y por el contrario, a la luz del artículo 167 del C.G. del P., incumbe a las partes probar el supuesto de hecho que sustenta sus pretensiones a fin de lograr el efecto jurídico correspondiente.

Por otra parte, con respecto al daño a la vida de relación se tiene que es *un perjuicio de carácter especial y con una entidad jurídica propia, porque no se refiere propiamente al dolor físico y moral que experimentan las personas por desmedros producidos en su salud, o por lesión o ausencia de los seres queridos, sino a la afectación emocional que, como consecuencia del daño sufrido en el cuerpo o en la salud, o en otros bienes intangibles de la personalidad o derechos fundamentales, causados a la víctima directa o a terceras personas allegadas a la misma, genera la pérdida de acciones que hacen más agradable la existencia de los seres humanos, como las actividades placenteras, lúdicas, recreativas, deportivas, entre otras* [2].

---

[1] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 28 de junio de 2017. Mp. Dr. Ariel Salazar Ramírez

[2] Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil, Sentencia de 19 de diciembre de 2017. Mp. Dr. Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo.

La valoración de ese daño, al igual que los demás perjuicios inmateriales, es propia del prudente arbitrio del juez, acorde con las circunstancias particulares de cada evento, es decir, que para su reconocimiento se requiere de una plataforma fáctico-probatoria que permita ver la realidad existente del daño y su grado de afectación frente a la persona involucrada.

En el caso bajo examen, la señora NAGO y su hijo JDMG, muy a pesar de que en el escrito introductorio manifestaron que sufrieron una interrupción de la vida afectiva y de relación familiar, no acreditaron a través de ninguno de los medios de prueba contemplados en el artículo 165 del C. G. del P., en qué consistió concretamente dicho desmedro, lo que implica que la judicatura desconozca la magnitud de la afectación que dicen haber sufrido en su vida de relación, impidiendo de esa forma su concesión.

2. Diferente es el panorama frente a los perjuicios morales también reclamados por los demandantes, habida cuenta que resulta indudable el dolor, la angustia, la aflicción, congoja, preocupación y desasosiego que puede causar la muerte de un ser querido tan cercano como lo es un hijo y un hermano, máxime cuando se trataba de un reducido núcleo familiar, pues estaba conformado únicamente por tres personas: la madre (cabeza de familia), y sus dos pequeños hijos de tan solo 3 y 5 años de edad para la época de los hechos. A pesar de la corta edad del hermano sobreviviente, contrario a lo expuesto por el Juzgado de primera instancia, la Sala considera que, el deceso de DA, producido por inmersión, según informe de necropsia de medicina legal, se presentó de forma súbita e inesperada, siendo una situación completamente difícil de asumir y explicar a un niño de escasa edad, quien seguramente echará de menos a su hermano mayor por el resto de su vida.

Ahora, si lo anterior no fuese suficiente, se hace necesario recordar que la reiterada jurisprudencia del Consejo de Estado, misma que ha sido acogida por esta Sala de Decisión en anteriores oportunidades, ha establecido que el daño moral ocasionado a los miembros de un determinado grupo familiar, no sólo se valora por la cercanía que ellos conservan en su vida cotidiana, sino por los vínculos afectivos existentes entre ellos por sus lazos de consanguinidad.

Con base en eso, resta anunciar que la jurisprudencia ha comportado el paso de la exigencia de demostrar los vínculos de afecto que unían a los familiares a la sola exigencia de demostración del parentesco mediante los registros civiles, habida cuenta de que, en atención a las reglas surgidas de la experiencia, es posible presumir que los parientes se profesan afecto y que el daño causado a alguno, con mayor razón cuando se trata de su muerte, aflige a los otros.

De hecho, en este asunto, ningún elemento de prueba fue presentado por la parte demandada, que permitiera desvirtuar la fortaleza de la relación familiar entre la señora NAGO y y sus hijos DA y JDM.

Es por lo anterior que, atendiendo al criterio del arbitrio judicial, la Sala aumentará el monto de la indemnización reconocida en primera instancia a favor del niño JDMG, estimando la suma en TREINTA MILLONES DE PESOS ($30.000.000) M/CTE, situación que no se hará extensiva a su madre, por cuanto el monto fijado a su favor en primera instancia fue de SESENTA MILLONES DE PESOS, cifra que encaja dentro de los montos actualizados y admitidos jurisprudencialmente para la tasación de perjuicios morales en los eventos de muerte.

3. Habiendo llegado a este punto, luego de establecer cuál es el monto de la indemnización que debe pagar la Caja de Compensación Familiar de Nariño a favor de los demandantes en virtud de los perjuicios morales a ellos causados, se abre paso al estudio de la eventual reducción de dicha condena, atendiendo a los criterios de *"coparticipación causal"*, según lo solicitó el apoderado judicial de COMFAMILIAR cuanto sustentó su recurso de apelación propuesto frente a la sentencia de primera instancia que declaró la existencia de compensación de culpas en un porcentaje del 70% para la demandada y 30% para la parte demandante.

Frente al anunciado reparo habrá que decir que, en efecto, la Sala de Casación Civil de la H. Corte Suprema de Justicia, en sentencia SC13925, de 30 de septiembre de 2016, con ponencia del Dr. Ariel Salazar Ramírez, señaló que *desde hace varios años la reducción de la indemnización prevista en el artículo 2357 del Código Civil se valora en términos de "coparticipación causal", es decir que se determina con base en criterios de imputación del hecho y no de "compensación de culpas" como ocurría en el pasado*.

Este Tribunal considera que más allá de la denominación que se le dé a la figura que opere a efectos de reducir una indemnización por responsabilidad civil extracontractual, lo verdaderamente relevante es que la culpa civil, según la jurisprudencia arriba en cita, no es otra cosa que *"falta de prudencia"*, lo que a su vez se ha dicho, es *el obrar por exceso o por defecto: por defecto, cuando se incurre en desidia, descuido, negligencia, ignorancia, despreocupación o impericia; por exceso, cuando se actúa con precipitación, impertinencia, necedad, atrevimiento, temeridad, indiscreción, insensatez, irreflexión o ligereza. La inobservancia de reglas o normas preestablecidas de conducta es imprudencia in re ipsa, es decir que implica un juicio automático de culpa cuando tiene una correlación jurídica con el daño resarcible*.

En ese orden de ideas, es importante señalar que los parámetros que rigen la conducta del agente normalmente no están positivizados, salvo algunos casos de reglamentaciones administrativas, como por ejemplo las normas de tránsito; las normas sobre calidad del servicio de salud; construcción, entre otras.

Para el caso que nos ocupa, existen normas precisas que regulan la seguridad en las piscinas. En la época en que ocurrieron los hechos, se encontraba vigente la Ley 1209 de 2008, cuyo ámbito de aplicación se extiende a todas las piscinas de uso colectivo que, con independencia de su titularidad pública o privada, se ubiquen en el territorio nacional.

Así, dicho precepto normativo señala que toda persona natural o jurídica, pública o privada, que preste el servicio de piscina, deberá acatar obligatoriamente normas mínimas de seguridad, y entre las que se encuentran:

> *PROTECCIÓN DE MENORES Y SALVAVIDAS. Queda prohibido el acceso a las áreas de piscina a menores de doce (12) años de edad sin la compañía de un adulto que se haga responsable de su seguridad.* ***Esta medida no exime a los responsables de los establecimientos que tengan piscina o estructuras similares de tener el personal de rescate salvavidas suficiente para atender cualquier emergencia. En todo caso, dicho personal de rescate salvavidas no será inferior a una (1) persona por cada piscina y uno (1) por cada estructura similar****.*
>
> ***El personal de rescate salvavidas deberá tener conocimientos de resucitación cardio-pulmonar y deberá estar certificado como salvavidas de estas calidades por entidad reconocida.*** *El certificado no tendrá ningún costo.*

De igual forma, la disposición en comento advierte que serán responsables las personas naturales o jurídicas que incumplan con las medidas previstas en dicha ley o **que permitan el acceso de los menores a las piscinas o estructuras similares sin la supervisión de sus padres o sin la vigilancia de otro adulto distinto al personal de rescate salvavidas o rescatista que haya en el lugar.**

Bajo ese panorama, evidencia la Sala que la Caja de Compensación Familiar de Nariño al ofrecer sus servicios de recreación en el centro ubicado en el corregimiento de Chilví, para el día 6 de julio de 2014, asumió un compromiso que comportaba un riesgo, por lo que le asistía el deber legal de tomar las precauciones de rigor en dicho escenario, como era, entre otras cosas, contar con el personal calificado que atendiera cualquier eventualidad.

Valga anotar que dicha obligación es de tipo garantista, pues naturalmente genera tranquilidad en los usuarios bañistas mientras disfrutan del servicio de piscina, presumiendo que en cualquier evento podrán ser atendidos por una persona capacitada, con implementos necesarios que permitan mitigar el riesgo y que además, cuente con los conocimientos suficientes para alterar las consecuencias de un imprevisto accidente.

Ha de tenerse en cuenta que según la normativa referida, la obligación de garante responde a la forma en que se debe usar la piscina y no depende de la clase o calidad de bañista. No puede ligarse la aplicación o exclusión de las medidas de prevención y seguridad a la asistencia o no de menores de edad a la misma; ello por cuanto la garantía de salvavidas, debe prestarse de forma obligatoria durante todo el tiempo que la piscina esté abierta al público, sin importar que el beneficiario sea un mayor o menor de edad.

Acreditado está en el plenario que para el día de la ocurrencia de los hechos, esto es, 6 de julio de 2014, el Centro Recreacional de COMFAMILIAR, ubicado en el municipio de Tumaco, prestaba el servicio de piscina, lo que implica

que existía una obligación de garante frente a todos los usuarios a quienes les asistía interés de hacer uso de ella, máxime cuando en dicho establecimiento se realizaba una fiesta infantil, lo que sugería que en el lugar se encontraban menores de edad.

Igualmente, se encuentra demostrado con los testimonios de los señores DOMINGO EULISES ANGULO CASTILLO, GERARDO DANILO CORREA CASTAÑEDA Y ELVIRA ANGULO CAMPAZ, trabajadores del centro recreacional, que ni en la piscina de adultos donde se ahogó el niño DAGO, ni en la que se encontraba habilitada para menores de 12 años, había personal de rescate con conocimientos de resucitación cardio-pulmonar, que se encontrara certificado como salvavidas por entidad reconocida.

Así las cosas, contrario a lo expuesto por el apoderado judicial de la parte demandada, e incluso, por el juzgador de primera instancia, considera la Sala que no se puede trasladar en ningún grado la obligación de garante que le asistía a la entidad demandada de mantener un salvavidas en el lugar de los hechos, para asumir que existe una *compensación de culpas o coparticipación causal*, con respecto del menor fallecido o de las personas que se encontraban a cargo. Es más, se considera que ni aunque la señora NAGO hubiera estado en el mentado lugar, la situación habría sido distinta.

A la anterior conclusión se arriba por el simple hecho que la obligación de control y vigilancia recae única y exclusivamente en la Caja de Compensación Familiar de Nariño, como propietaria del centro recreacional. Cosa distinta hubiese sido si la persona a cargo de la piscina *"salvavidas",* hubiera solicitado la presencia de un adulto que acompañara a DA, por el hecho de que toda su atención no podía estar destinada a él de forma exclusiva y requería por ende un acompañante. No se puede desconocer bajo ningún punto de vista que si se presta el servicio de piscina, es porque se cuenta con la indumentaria y el personal necesario para hacerlo, generando así un principio de confianza en los bañistas y sus padres o acompañantes si éstos son menores de edad.

Frente a este tema de salvavidas, los referidos testigos, fueron coincidentes en señalar que ninguno de ellos ostentaba tal calidad de manera certificada, de hecho, ni siquiera el contrato que los vinculaba para la época de los hechos con la Caja de Compensación Familiar tenía por objeto prestar el servicio de salvavidas, sino de atención al público, recreación, limpieza, entre otros servicios que comprendían el control de las personas a la piscinas.

Por su parte, GERARDO DANILO CORREA CASTAÑEDA y ELVIRA ANGULO CAMPAZ, quienes supuestamente se encontraban custodiando la piscina de adultos para el día 6 de julio de 2014, aproximadamente a la 1:40 pm, momento para el cual ocurrió el lamentable suceso, reconocieron que no se dieron cuenta en qué momento pasó todo y que no fueron ellos quienes socorrieron al menor, a pesar de tener a cargo dicha responsabilidad y encontrarse a 3 metros de distancia; ambos señalaron a terceras personas de prestar los primeros auxilios, particularmente una usuaria enfermera, que dicho sea de paso no ostentaba ningún tipo de vinculación con la caja de compensación demandada.

Así mismo, de dichas declaraciones se advierte que, a pesar de que los trabajadores tenían funciones asignadas tendientes a controlar el ingreso de las personas a la piscina de adultos y ejercer la vigilancia en el marco de sus habilidades, su deber no se cumplió a cabalidad comoquiera que los funcionarios se encontraban juntos cuando se produjo la inmersión de DA, cuando ellos mismos informaron que mientras uno debía permanecer en la entrada de la piscina, el otro debía realizar las rondas respectivas. En suma, ha de tenerse en cuenta que no fue tan riguroso el control ejercido el mentado día, porque uno de los trabajadores afirmó que dejó entrar a personas en estado de alicoramiento sin estar ello permitido, y, ambos, a pesar de tener pleno conocimiento de que muchos menores de 12 años infringían las reglas establecidas de ingreso, saltando la valla que separa la piscina de adultos de la de niños, asumieron una actitud indiferente, pues no tomaron ninguna medida efectiva para que ello no ocurriera.

En conclusión, a juicio de esta Corporación, dichos elementos de prueba determinan la responsabilidad plena y absoluta en cabeza de la Caja de Compensación demandada, propietaria del centro recreacional donde ocurrió la tragedia, por tal motivo, dado que el atenuante de *compensación de culpas o coparticipación casual* como lo denomina el apoderado de la parte pasiva de la litis fue planteado en el recurso de alzada formulado, y dado que ambas partes han apelado el fallo de primera instancia, permitiendo decidir sin limitaciones en esta instancia, al tenor del inciso 2° del artículo 328 del Código General del proceso, se dirá que dentro del presente asunto, no hay

lugar a la reducción de indemnización contemplada en el artículo 2357 del Código Civil.

4. Finalmente, en aras de resolver el último problema jurídico, se observa que efectivamente la Caja de Compensación Familiar de Nariño, llamó en garantía a la aseguradora LA PREVISORA S.A COMPAÑÍA DE SEGUROS, en virtud de la póliza de seguro contratada con esta última.

El juzgado de primera instancia, atendiendo a que la póliza de seguro, en su carátula señala que el amparo únicamente cobija los pagos de indemnizaciones por perjuicios patrimoniales, causados por COMFAMILIAR DE NARIÑO, y que la condena impuesta obedece a una condena por perjuicios morales, declaró probada la excepción *"DELIMITACIÓN CONTRACTUAL DETERMINADA EN LOS AMPAROS, COBERTURAS Y DEDUCIBLES PACTADOS. INEXISTENCIA DE AMPARO DE PERJUICIOS EXTRAPATRIMONIALES"*, propuesta por la aseguradora. Tal determinación fue objeto de censura por parte de la demandante, pues considera que la decisión desconoce la jurisprudencia actual frente al contrato de seguro de responsabilidad.

Efectuado el estudio correspondiente, esta Sala encontró que, en efecto, la Corte Suprema de Justicia, en jurisprudencia reciente, concretamente, en sentencia SC002 del 12 de enero de 2018, M.P. Dr. Ariel Salazar Ramírez, señaló que *"en los seguros de daños, incluidos los de responsabilidad civil contractual o extracontractual (artículo 1127 del Código de Comercio), el daño emergente es la erogación pecuniaria que tiene que solventar el asegurado –y en la cual se subroga el asegurador– para indemnizar todos los daños que haya causado a la víctima, independientemente de la tipología que les corresponda dentro del sistema de la responsabilidad civil.*

Bajo su concepción original, el único fin de la norma en cita-art. 1127 del C. Co. era indemnizar al asegurado por los eventuales costos que tuviera que pagar a terceros en razón de los perjuicios que les ocasionaran sus acciones u omisiones antijurídicas. Pero con la entrada en vigencia de la Ley 45 de 1990 esa situación cambió al ser el resarcimiento de la víctima el propósito principal de ese contrato. De ese modo, según el artículo 1133 vigente, los damnificados pasaron a tener acción directa contra el asegurador, sin que ello signifique que la función de mantener indemne al asegurado haya desaparecido.

Quiso la ley procurar la tutela eficaz de los derechos del damnificado, pero nada más; de ahí que no hay motivo para afirmar que desapareció la razón de ser de este tipo de aseguramiento, cual es la de servir como protección de la indemnidad patrimonial del asegurado, quien precisamente acude a dicha modalidad para precaverse de las erogaciones pecuniarias que deba hacer como consecuencia de la responsabilidad civil en la que incurra.

Entonces, el seguro de responsabilidad civil al mismo tiempo que resguarda el pago de la indemnización a que tiene derecho el beneficiario, también protege la integridad del patrimonio del asegurado. De modo que una interpretación de la regulación del seguro de responsabilidad civil que desconozca, suprima o aminore su función originaria en cuanto a la protección patrimonial del asegurado, desnaturalizaría el contenido esencial de dicho convenio y particularmente la función con la que fue concebido por la ley, en demérito de la confianza que el asegurado deposita en esa modalidad de aseguramiento.

De lo anterior se concluye que no es admisible interpretar el artículo 1127 del Código de Comercio como si prescribiera que el asegurador únicamente está obligado a indemnizar los perjuicios patrimoniales que sufre la víctima como resultado de una condena de responsabilidad civil, sino que hay que seguir interpretándolo en su acepción original, esto es desde el nivel de sentido del contrato de seguro, según el cual el asegurador está obligado a mantener al asegurado indemne de los daños de cualquier tipo que causa al beneficiario del seguro, que son los mismos que el asegurado sufre en su patrimonio."

Así las cosas, considera el Tribunal que el juzgado de primera instancia erró al negar la condena en contra de la aseguradora llamada en garantía con fundamento en que la indemnización reconocida a los demandantes comprendía el daño moral, no amparado en la póliza de seguro por ser de carácter extrapatrimonial.

Al tomar tal determinación, desconoció que los perjuicios patrimoniales de que trata el artículo 1127 son los que el asegurado causa al damnificado, es decir los mismos que aquél sufre en razón del pago de la indemnización a su cargo. De igual manera pasó por alto que el daño emergente al que alude el artículo 1088 *ejusdem* no es visto desde la perspectiva de la tipología de los daños que sufre la víctima según el sistema de la responsabilidad

extracontractual, sino en el contexto del daño que sufre el asegurado en el nivel de sentido del contrato de seguro.

En consecuencia, se anuncia que hay lugar a modificar el fallo censurado, en tanto la condena impuesta a la Caja de Compensación Familiar de Nariño, debe correr a cargo de la aseguradora llamada en garantía, en virtud de la póliza de seguro de responsabilidad civil extracontractual No. 3000026, vigente para la época de los hechos, tal y como se desprende de la carátula visible a folio 12 del cuaderno número 2, así como de la contestación efectuada por la apoderada judicial de la PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS, obrante a folio 80 y siguientes del mismo cuaderno. No sobra advertir que la demandada en su calidad de asegurada deberá asumir el deducible que el mismo contrato de seguro le impone.

Finalmente, anuncia la Sala que recoge su criterio expuesto en oportunidades anteriores, ya que a partir del presente asunto y en adelante, cuando se trate de controversias que versen sobre la exclusión de amparo por perjuicios extrapatrimoniales en contratos de seguro de daños, incluidos los de responsabilidad civil contractual o extracontractual (artículo 1127 del Código de Comercio), se resolverá de conformidad con la aquí expuesto.

Atendiendo a que los recursos de apelación propuestos por ambas partes han prosperado de forma parcial, no habrá lugar a condenar en costas de segunda instancia.

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO.- MODIFICAR los numeral SEGUNDO, TERCERO, CUARTO y QUINTO de la sentencia de primera instancia, proferida por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Tumaco, al interior del presente asunto. En consecuencia, las disposiciones modificadas quedarán del siguiente tenor:

> *"SEGUNDO.- Reconocer a título indemnización por concepto de perjuicios morales, las sumas de SESENTA MILLONES DE PESOS ($60.000.000) M/CTE a favor de la señora NAGO y de TREINTA MILLONES DE PESOS, M/CTE, a favor del niño JDMG.*
>
> *TERCERO.- NO DECLARAR PROBADA la excepción propuesta por la aseguradora llamada en garantía LA PREVISORA S.A COMPAÑÍA DE SEGUROS, denominada "DELIMITACIÓN CONTRACTUAL DETERMINADA EN LOS AMPAROS, COBERTURAS Y DEDUCIBLES PACTADOS. INEXISTENCIA DE AMPARO DE PERJUICIOS EXTRA PATRIMONIALES"; y en su lugar, condenarla a pagar la totalidad del monto de la indemnización reconocida a los demandantes, en virtud de la póliza de seguro de responsabilidad civil extracontractual No. 3000026, contratada por la Caja de Compensación Familiar de Nariño.*
>
> *CUARTO.- ORDENAR a la CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR DE NARIÑO que proceda a cancelar a la aseguradora llamada en garantía el deducible al que haya lugar dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria de la presente sentencia, para que aquella, a su vez, dentro de los diez (10) días siguientes a dicho pago, cancele el valor de la indemnización reconocida a los demandantes"*

QUINTO.- Condenar en costas de primera instancia a la CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR DE NARIÑO a favor de la parte demandante y a la aseguradora llamada en garantía, a favor de la parte demandada.

SEGUNDO.- CONFIRMAR el ordenamiento restante de la sentencia apelada.

TERCERO.- SIN LUGAR a condenar en costas de segunda instancia.

CUARTO.-ORDENAR, una vez culminada la actuación procesal, el envío del expediente al Juzgado de origen dejando las anotaciones correspondientes.

Esta providencia se notifica en este momento en **ESTRADOS**, de conformidad con el art. 294 del C. G. del P.

No siendo otro el objeto de la presente audiencia, la misma se da por terminada, no sin antes solicitar a los intervinientes que antes de retirarse, procedan a firmar el formato de control de asistencia, que hace parte del acta a que se refiere el art. 107 del C. G. del P.

AIDA MÓNICA ROSERO GARCÍA
Magistrada

MARCELA ADRIANA CASTILLO SILVA
Magistrada

GABRIEL GUILLERMO ORTÍZ NARVÁEZ
Magistrado

Sala Laboral

Doctores: Claudia Cecilia Toro Ramírez, Juan Carlos Muñoz (Presidente Sala) y Clara Inés López Dávila.

TRABAJADOR OFICIAL - ESTATUS ADMINISTRATIVO - LABORAL: Aplicación de criterios Orgánico y Funcional para la clasificación de quienes laboran al servicio de una Empresa Social del Estado.
TRABAJADOR OFICIAL DE EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO - CARGA DE LA PRUEBA: Le corresponde al actor acreditar que su labor estaba destinada al mantenimiento de la planta física hospitalaria o de servicios generales para ostentar tal calidad.

Teniendo en cuenta que es la ley la que determina la naturaleza jurídica de los empleos y las categorías de servidores del Estado, dada la naturaleza jurídica de la entidad accionada y las funciones realizadas por el demandante como auxiliar de enfermería o camillero, se considera que éste no puede ser catalogado como trabajador oficial, en tanto tales labores son de naturaleza eminentemente asistencial y en nada se relacionan con las de servicios generales ni las de mantenimiento o sostenimiento de la planta física hospitalaria, estableciéndose por tanto que su vinculación no se verificó a través de un contrato de trabajo.

REPÚBLICA DE COLOMBIA - RAMA JUDICIAL

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE PASTO
SALA DE DECISIÓN LABORAL (ORALIDAD)

AUDIENCIA DE ALEGATOS DE CONCLUSIÓN Y JUZGAMIENTO

FECHA: 2 DE AGOSTO DE 2018

Buenos días, en San Juan de Pasto, siendo el día y hora previamente señalados para la celebración de la presente actuación, los señores Magistrados integrantes de la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, doctores **CLARA INÉS LÓPEZ DÁVILA, JUAN CARLOS MUÑOZ** y **CLAUDIA CECILIA TORO RAMÍREZ**, se constituyen en **AUDIENCIA PÚBLICA** dentro del proceso **ORDINARIO LABORAL** instaurado por **YAMIL JESID UNIGARRO ARROYO** en contra del **HOSPITAL SAN ANDRÉS –EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO-E.S.E. DE TUMACO, EN INTERVENCIÓN,** radicado bajo el número único nacional **528353105001 2017-00102-01 (058)**, acto para el cual las partes se encuentran debidamente notificadas.

La Sala asume competencia del presente asunto, para resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte pasiva de la Litis, en contra de la decisión proferida el 1° de febrero de 2018, por el Juzgado Laboral del Circuito de Tumaco.

PRESENTACIÓN DE ASISTENTES y ALEGATOS DE CONCLUSIÓN (ART. 82 C.P.L. y S.S. – mod. art. 13 de la ley 1149 de 2007 // art. 107 numeral 3º. C.G.P. hasta 20 minutos). Escuchadas las partes en alegatos de conclusión, se clausura esta etapa procesal. Notifíquese en ESTRADOS.

Se deja constancia que el respectivo proyecto de fallo fue discutido y aprobado unánimemente por los integrantes de la Sala de Decisión Laboral, según consta en el acta No.___ de la fecha, por lo que se dicta la siguiente **SENTENCIA**

I. ANTECEDENTES

Pretende el actor, por esta vía ordinaria laboral, que se declare la existencia de una relación laboral en calidad de trabajador oficial, regido por un contrato de trabajo a término indefinido entre él y el HOSPITAL SAN ANDRÉS E.S.E., del Municipio de Tumaco (N), vigente desde el 1° de septiembre de 2015 hasta el 31 de marzo de 2016. En consecuencia solicita condenar a la demandada al reconocimiento y pago de los conceptos laborales adeudados correspondientes a cesantías, vacaciones compensadas, prima de vacaciones, prima de navidad, indemnización por despido injusto, sanción moratoria, compensación por dotación y calzado, auxilio de transporte , devolución de los aportes realizados a seguridad social, salarios dejados de cancelar y demás derechos que resulten en aplicación de las facultades extra y ultra petita, junto con las costas procesales.

Como fundamentos fácticos de los anteriores pedimentos señala, en síntesis, que laboró en calidad de trabajador oficial para el Hospital San Andrés E.S.E de Tumaco, desempeñando funciones de AUXILIAR DE ENFERMERÍA – CAMILLERO, desde el 1° de septiembre de 2015 hasta el 31 de marzo de 2016 y durante su vigencia percibió una remuneración mensual de $1.117.415.oo, cumpliendo órdenes e instrucciones de la entidad demandada y un horario de 7:00 a.m. a 1:00 p.m., de 1:00 p.m. a 7:00 p.m. y de 7:00 p.m. a 7:00 a.m. de lunes a domingo, de acuerdo con los turnos de programación realizados por el empleador.

Agrega, que la demandada no le canceló las acreencias laborales que en virtud de la relación laboral se suscitaron y que se enlistan en el petitum de la demanda, procurando su pago mediante escrito radicado el 12 de abril de 2017, sin obtener respuesta alguna.

***Trámite y Decisión de Primera Instancia**

Notificada en debida forma la entidad demandada, a través de apoderada judicial, atendió el libelo genitor (Fls. 73 a 79) aceptando parcialmente el hecho primero, frente a la vinculación con la accionada aclarando que la modalidad de contratación no fue de tipo laboral; admite que la función desarrollada fue como auxiliar de enfermería y el monto de lo devengado, advirtiendo que el mismo fue por concepto de honorarios y no como salario; sin embargo, a lo largo de su escrito de contestación sostuvo que la relación se rigió por un contrato de prestación de servicios y por tanto, no resultan procedentes las pretensiones de la demanda, pues sin tal presupuesto carecen de todo fundamento fáctico y jurídico. Se opuso en consecuencia a todas y cada una de las pretensiones de la misma, proponiendo en su defensa la excepción previa de falta de jurisdicción y competencia y las de mérito que denominó: "*Falta de requisitos para la existencia de un contrato de trabajo, cobro de lo no debido, buena fe, falta de legitimación en la causa por activa y el reconocimiento oficioso de excepciones*."

Rituadas las etapas procesales y recaudado el material probatorio, en decisión del 1° de febrero de 2018, el JUZGADO LABORAL DEL CIRCUITO DE TUMACO, declaró la existencia de un contrato de trabajo ficto entre el demandante y la accionada HOSPITAL SAN ANDRÉS E.S.E. de Tumaco, bajo los extremos temporales 1° de septiembre de 2015 a 31 de marzo de 2016 y en consecuencia condenó a la entidad demandada al pago de cesantías, prima de navidad, vacaciones compensadas, prima de vacaciones, auxilio de transporte, salarios dejado de percibir, devolución de aportes a la Seguridad Social, compensación en dinero del vestuario y calzado de labor e indemnización moratoria, absolvió de las demás pretensiones y condenó en costas a cargo de la demandada.

Para asumir la anterior determinación, el A quo encontró debidamente acreditados los elementos esenciales del contrato de trabajo en el desempeño de camillero y por ende, la condición del actor como trabajador oficial, en razones de la naturaleza de la entidad accionada y las funciones por éste desempeñadas.

***Apelación**

Inconforme con la decisión adoptada por el fallador de primera instancia, la parte accionada a través de su apoderada judicial, interpuso y sustentó oportunamente recurso de apelación argumentando que se encuentra en duda la existencia de un vínculo contractual entre el actor y la parte demandada Hospital San Andrés E.S.E de Tumaco, reiterando la inexistencia de la calidad de trabajador oficial y afirmando que el vínculo suscitado se dio en virtud de un contrato de prestación de servicios como auxiliar de enfermería y no como camillero.

II. TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

Alegatos de conclusión (…)

Surtido el trámite en esta instancia sin observar causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a examinar la decisión atacada en vía de apelación por la parte pasiva del litigio, como lo establecen 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 lo indicado, le corresponde a esta Sala de Decisión verificar, primigeniamente, la naturaleza de la entidad

accionada y si las funciones que en ella se desarrollaron por parte del demandante le permiten ostentar o no la calidad de trabajador oficial, para luego indagar si en el sub lite se acredita que el vínculo que ató a las partes es de naturaleza laboral, como lo fulminó el fallador de primera instancia; o por el contrario, como lo increpa la alzadista por pasiva, se trató de un vínculo sometido a las normas del contrato de prestación de servicios o en todo caso de naturaleza diferente por haberse desempeñado como auxiliar de enfermería.

Establecido lo anterior y de manera preliminar, esta Corporación verifica que la naturaleza jurídica de la entidad accionada se rige por las égidas de una Empresa Social de Estado del orden departamental, creada mediante ordenanza No. 078 de 1995, emanada de la Asamblea Departamental de Nariño (Fl. 92 a 98), por lo que es imperativo seguir -en materia del personal que se vincule a su servicio- lo dispuesto en el cap. IV de la ley 10 de 1990; es decir, empleados públicos como regla general y como excepción trabajadores oficiales, *"quienes desempeñen cargos no directivos destinados al mantenimiento de la planta física hospitalaria o de servicios generales, en las mismas instituciones"* (parágrafo, art. 26 ibídem).

Tal condición jurídica no obedece a la voluntad de las partes, sino a la naturaleza de la entidad a la cual se presta el servicio (criterio orgánico) y, excepcionalmente, a las funciones que desarrolla el servidor (criterio funcional), tema que ha sido objeto de innumerables pronunciamientos jurisprudenciales, incluso de esta Sala de Decisión, que puntualmente han enseñado que aún en el evento de haberse vinculado a un empleado público a través de un *"contrato de trabajo"*, este aspecto formal no varía su verdadero status jurídico; por el contrario, si un trabajador oficial es vinculado al servicio oficial por un acto legal y reglamentario, su condición jurídica no se modifica, pues es la ley la que determina la naturaleza jurídica de los empleos y las categorías de servidores del Estado.

El tema es desarrollado en igual sentido por el artículo 194 de la Ley 100 de 1993, el artículo 3 del decreto 1335 de 1990, el decreto 1569 de 1998 y la circular 12 de 1991, emanada del Ministerio de Salud y de manera clara y precisa por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL18413-2017, reiterada en la sentencia relevante SL1334-2018, Radicación 63727 del 18 de abril de 2018, con ponencia de la Magistrada, Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, en donde si bien se analiza el caso concreto del conductor de ambulancia, las funciones encomendadas se acercan, al menos en tres de ellas, al de camillero. Así se pronunció el Alto Tribunal:

> *(..) la <labor asistencial> en tratándose de los servicios de salud, trascienden mucho más allá de las labores de mantenimiento y asepsia de la planta física que resultan necesarias e indispensables para este tipo de servicios, pues, los mismos «servicios de salud» dirigidos a usuarios «pacientes» y Beneficiarios «grupo familiar», incluyen no sólo la atención médica, suministro de medicamentos, los servicios de rehabilitación, la asesoría especializada, sino, también todo el acompañamiento técnico-administrativo que fortalece cabalmente la prestación de los servicios del respectivo nucleó social. Luego entonces, labores incluso como el traslado de pacientes y la participación en actividades de orden y asepsia clínica en el servicio tampoco pueden ser ajenas al área asistencial, pues, teniéndose al ser humano como el eje esencial de este tipo de servicios, la profesionalización que se exige tanto del cuerpo médico como el de enfermería se ha extendido hacia el personal asistencial que está presente desde la antesala administrativa, los diagnósticos, los procedimientos, los tratamientos e intervenciones, los post-clínicos, los post-terapéuticos, hasta la salida o dada de alta de los usuarios".* (Subrayado fuera del texto)

Ahora bien, descendiendo al sub examine, desde los hechos de la demanda se afirmó que la labor desempeñada por el promotor del litigio al servicio de la E.S.E accionada fue la de "AUXILIAR DE ENFERMERIA-CAMILLERO", situación que se confirma con los contratos de prestación de servicios suscritos entre los extremos del litigio (Fls. 28-55), así como también la declaración rendida por el testigo EFREN MAURICIO TUNJA ANGULO, excompañero de trabajo del actor en la entidad accionada, quien en forma coincidente manifestó que las labores ejercidas por el demandante dentro del HOSPITAL SAN ANDRES E.S.E, DE TUMACO consistían en el transporte de los pacientes en camilla, transporte de oxígeno, llevar y traer reporte a laboratorio, llevar pacientes a ecografías, llevar a pacientes fuera de la institución para tomar exámenes de laboratorio, entre otros. En igual sentido lo concluyó el fallador de primera instancia, quien luego de verificar el material probatorio arrimado al plenario y en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas, encontró que el actor efectivamente se desempeñó en funciones específicas de camillero.

En torno a ello, la parte convocada a juicio insiste en que el actor cumplió, bajo el manto de un contrato de

prestación de servicios, las funciones de auxiliar de enfermería y no de camillero.

Lo cierto es que independientemente de las funciones desarrolladas por el actor en favor de la demandada, camillero o auxiliar de enfermería-, para efectos de atender de fondo el problema jurídico que ahora concita la atención de la Sala, en nada cambia la naturaleza jurídica del cargo, por cuanto de conformidad con la normatividad referida y el precedente jurisprudencial relevante antes citado, para la Colegiatura las labores efectivamente realizadas por el actor en favor del HOSPITAL SAN ANDRES E.S.E DE TUMACO, a diferencia de lo concluido por el A quo, en nada se relacionan con las de servicios generales ni las de mantenimiento y sostenimiento de la plata física hospitalaria, actividades descritas en el artículo 26 de la Ley 10 de 1990, reglamentada por el Decreto 1335 de 1990, antes mencionadas, como requisito indispensable para ostentar el estatus de trabajador oficial, teniendo en cuenta la naturaleza jurídica de la accionada, Empresa Social del Estado.

A contrario *sensu*, no cabe duda alguna que estas labores –auxiliar de enfermería – camillero- son ***eminentemente asistenciales***. Así se deduce del Decreto 1335 de 1990, cuando describe el cargo de camillero en los siguientes términos:

> *"CAMILLERO - 505055 1. NATURALEZA DE LAS FUNCIONES DEL CARGO Ejecución de labores auxiliares de traslado de pacientes, materiales, medicamentos y equipos médico-quirúrgicos y asistenciales a los lugares que se le indiquen. 2. FUNCIONES - Trasladar pacientes de acuerdo a normas preestablecidas por la institución. - Entregar muestras al laboratorio clínico y reclamar los resultados. - Reclamar los medicamentos de acuerdo con fórmula expedida por el médico, para servicios hospitalarios. - Llevar registro de traslado de pacientes. - Colaborar en la movilización de pacientes conjuntamente con el personal de enfermería. - Trasladar oportunamente a los sitios requeridos el equipo médico-quirúrgico y de asistencia (balas de oxígeno, electrocardiógrafos y otros). - Las demás funciones que le sean asignadas y sean afines con la naturaleza del cargo". 3.*

Y frente a los requisitos para su desempeño se exigió: *"Aprobación de cuatro (4) años de educación secundaria y curso de primeros auxilios, con una duración mínima de sesenta (60) horas".*

Es decir, ya sea para ocupar el cargo de Auxiliar de Enfermería (para lo cual se exige curso de auxiliar de enfermería con una duración mínima de 860 horas) o para el de camillero, con labores traslado de pacientes, recoger muestras de laboratorio, transportar oxígeno, entre otros, se exige tener un conocimiento mínimo de atención prioritaria, mediante la acreditación ineludible de un curso de primeros auxilios acorde con la naturaleza asistencial de la prestación del servicio de salud y ello, sin duda, los aparta considerable del concepto de Mantenimiento de la planta física hospitalaria, en tanto las mismas están encaminadas a mejorar, conservar, adicionar o restaurar la planta física de los entes hospitalarios destinados al servicio público de salud y de la de Servicios generales caracterizadas por el predominio de tareas manuales o de simple ejecución, encaminadas a satisfacer las necesidades que le son comunes a todas las entidades, para los cuales solo se exige, en forma general formación secundaria y en otros pocos, además, curso relacionado con las funciones de cargo.

En este orden, la Colegiatura se aparta de la conclusión adoptada por el *A quo*, en tanto siendo la labor realizada por el actor de naturaleza eminentemente asistencial, su calidad no es otra que la de empleado público y por ello, al no acreditarse la existencia de un contrato de trabajo en calidad de trabajador oficial, argumento esgrimido desde la presentación de la demanda, a pesar de acreditarse la prestación personal del servicio, por vulneración del art. 167 del C.G.P., que regula el principio de la carga de la prueba, aplicable en esta materia por el principio de integración normativa que trae el C.P.L. y la S.S., art, 145, el único camino que le queda a esta Sala de Decisión es la revocatoria total de la decisión adoptada en primera instancia, sometida a escrutinio en instancia de apelación por la parte pasiva de la Litis y así se procederá.

De conformidad con lo previsto en el numeral 1º del artículo 365 del C. G. del P. y el Acuerdo PSAA16-10554, emanado del Consejo Superior de la Judicatura, conforme las resultas de la alzada no se impondrán costas en esta instancia y las que tienen que ver con las de primera instancia, se imponen a cargo de la parte demandante y en favor de la demandada, fijando como agencias en derecho la suma de $781.242, que serán liquidados en la forma prevista en el código adjetivo en cita.

III. 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. REVOCAR íntegramente la sentencia proferida por el **JUZGADO LABORAL DEL CIRCUITO DE TUMACO (N),** el 1º de febrero de 2018, objeto del recurso de apelación por la parte demandada, conforme se explicó en la parte motiva de la presente decisión, para en su lugar:

> *"**PRIMERO: ABSOLVER** a la parte demandada de todas las pretensiones incoadas en la demanda.*
> ***SEGUNDO: CONDENAR** en costas de primera instancia a cargo de la parte demandante y a favor de la demandada, fijando como agencias en derecho la suma de un (1) S.M.L.M.V., esto es la suma de $ 781.242.oo, que serán liquidadas en la forma ordenada por el artículo 366 del C.G.P."*

SEGUNDO. SIN LUGAR a **CONDENAR** en costas de segunda instancia.

Lo resuelto se notifica a las partes en **ESTRADOS** y, previa su anotación en el registro respectivo, DEVUÉLVASE el expediente al Juzgado de procedencia.

Magistrados,

CLARA INÉS LÓPEZ DÁVILA (M.P.)

JUAN CARLOS MUÑOZ

CLAUDIA CECILIA TORO R.

SALVAMENTO DE VOTO EFECTUADO POR LA DRA. CLARA INÉS LÓPEZ DÁVILA, FRENTE A LA DECISIÓN MAYORITARIA TOMADA POR LA SALA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE PASTO, EL 15 DE NOVIEMBRE DE 2018, DENTRO DEL PROCESO 520013105003 – 2016 – 00289– 01 (150), INSTAURADO POR MARTHA RAQUEL DELGADO NOGUERA EN CONTRA DE LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y COLPENSIONES, MAGISTRADO PONENTE DR. JUAN CARLOS MUÑOZ.

La nulidad del acto jurídico de traslado no puede estar condicionado a la afiliación previa del trabajador al extinto ISS, como administrador del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, por cuanto la simple omisión del deber de información a cargo de la administradora del fondo de pensiones (RAIS), al momento de tomar la decisión de traslado, que implica además el de asesoría, es causal suficiente para que se declare la pérdida de sus efectos jurídicos, con la consecuencia de retrotraer las cosas al estado anterior, esto es, regresar al Régimen anterior para ejercer el derecho de libre escogencia que trae el artículo 13 literal b de la Ley 100 de 1993.

En este orden, como la única conclusión que se obtiene en la presente causa es que la AFP no cumplió con su doble deber, el de brindar información clara, completa y comprensible a la demandante antes de adoptar la decisión de traslado; por una parte y por otra, el de dar asesoría idónea, que llega incluso a desanimar a la trabajadora si la decisión llegara a afectar sus intereses pensionales futuros, tal acto jurídico deviene en nulo. Es por ello que la decisión a la que arrimó la falladora de primera instancia se ajusta a derecho, por lo que me veo en la obligación de respaldar tal postura a través de mi disenso frente a la decisión tomada por la mayoritaria de esta Sala de Decisión Laboral, en tanto insisto, la nulidad absoluta de tal acto jurídico se consolida a la luz de lo establecido en el artículo 1741 del C.C.C., antes referido, con la consecuencia que el mismo compendio sustantivo trae en el artículo 1746; esto es, volver a la actora a su primigenia y única afiliación, aquella realizada al Régimen de Prima Media ante CAJANAL, conforme lo indica el art. 52 de la Ley 100 de 1993 y que ahora se encuentra a cargo, en forma exclusiva, de COLPENSIONES, para de esta manera hacer uso del derecho a la libre escogencia que trae el artículo 13 de la norma en cita (literal b).

REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PASTO

SALA UNITARIA LABORAL

SALVAMENTO DE VOTO

Con el respeto acostumbrado por la decisión acogida por la mayoría de los Magistrados que integran la Sala de Decisión Laboral en el fallo que puso fin a la acción ordinaria laboral de la referencia, me permito manifestar las razones de hecho y derecho que motivan mi disenso.

(…) La decisión tomada por la A quo, frente a los anteriores planteamientos, es que verdaderamente por parte de la AFP no se cumplió con el deber de ofrecer una información completa sobre las ventajas, desventajas y consecuencias del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, en su condición de experto en la materia y en consecuencia orientador certero de la decisión a tomar en ese momento- 1995- y por ello, encontró que el acto de traslado de régimen, carece de validez. Tal postura argumentativa es avalada por la suscrita, por encontrarla ajustada a la **Constitución Nacional,** por una parte, en cuanto arropa en forma efectiva el derecho a la pensión anhelada a futuro por la actora; **la ley**, en tanto determina la libertad de escogencia del régimen pensional, siempre que ella se adopte con la debida información a cargo de la administradora del RAIS y conocimiento probo de los efectos, positivos o negativos, que ella conlleva, además de considerar que la afiliación al Régimen Pensional en Colombia es uno solo; y la **jurisprudencia** emanada de la Sala de Casación Laboral que orienta la materia.

En torno a esclarecer el punto toral que ocupa la atención de esta Sala, se tiene que nuestro máximo órgano de cierre jurisdiccional, en sentencia SL 17595-2017 del 18 de octubre de 2017, Magistrado ponente; FERNANDO CASTILLO CADENA, misma que replica la SL 31989 de 9 de septiembre de 2008, señala que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas, como el referido a la elección de régimen pensional, el deber de información de las AFP va más allá, lo compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.

En este contexto no es dable argüir que existe una manifestación libre y voluntaria en el traslado de régimen pensional, cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; de allí que desde el inicio haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito y si bien las consecuencias de la nulidad del traslado entre regímenes, como se dejó sentado en el precedente antes anotado, no es plenamente retroactiva como lo determina la normatividad del derecho privado, la que no tienen cabida enteramente en el derecho social, lo cierto es que le corresponde a la administradora devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado; pero además, como la pérdida de efectos jurídicos del acto de traslado fue conducta indebida de la administradora, ésta debe asumir a su exclusivo cargo, los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.; es decir, se retrotraen las cosas al estado anterior, con excepción de los derechos y prerrogativas que se hayan concedido (que no es el caso que nos ocupa), las cuales tienen un tratamiento diferenciado.

Aclarado lo anterior y descendiendo al caso bajo estudio, advierte la suscrita que en efecto, la entidad accionada no cumplió con el deber de brindar información clara y completa a la demandante o al menos no lo demostró en la presente causa y ello se desprende del material probatorio obrante en el proceso, al no arrimar prueba alguna que permita -al menos indiciar- que el fondo privado de pensiones, ahora demandado, le brindara la ilustración suficiente en el momento de tomar la decisión de traslado, tampoco se aporta la proyección o cálculo realizada para tal ejercicio.

Lo cierto es que fue tan sólo hasta el mes de abril de 2016 (fls. 87 a 88), mucho tiempo después de su traslado de régimen pensional, que la actora evidenció la lesividad de tal traslado frente a sus anhelos pensionales, cuando en ejercicio de simulación realizado por PORVENIR S.A, se le presenta varios escenarios de su derecho pensional, así:

1. Resultados sin volver a cotizar

Edad	Monto de la pensión	Tasa de reemplazo
55 años	$ 0	0
57 años	$ 689.455.oo	29.78%
58 años	$ 689.455.oo	29.78%
60 años	$ 689.455.oo	29.78%

2. Resultados cotizando el 100% del tiempo

Edad	Monto de la pensión	Tasa de reemplazo
55 años	$ 0	0
57 años	$ 689.455.oo	29.78%
58 años	$ 689.455.oo	29.78%
60 años	$ 805.700.oo	34.80%

Tal falencia en la asesoría y deber de información a cargo de la entidad administradora en el RAIS, se confirma a través de las declaraciones rendidas por BEATRIZ EUGENIA DELGADO NOGUERA, hermana de la demandante y asesora de HORIZONTE, tachada por la parte demandada y ADRIANA CASTILLO GONZALES, amiga de la actora e igualmente asesora de HORIZONTE, quienes manifestaron, al unísono, que la información suministrada no era la más adecuada, pues se limitaba a expresar los beneficios que tendría con la afiliación, como pensionarse a más corta edad, la rentabilidad y la consecución de los bonos pensiones, ello por cuanto, lo que buscaban era promocionar al fondo y conseguir más afiliados, por lo que me cabe duda que la libre escogencia de la actora se enlutó con la escueta o tergiversada información que recibió por parte de los asesores de las Administradoras del Fondo Privado, bajo el efecto rebaño, misma que sin duda la condujo a tomar una errada decisión, por demás lesiva para sus intereses pensionales.

En este orden, como la única conclusión que se obtiene en la presente causa es que la AFP no cumplió con su doble deber, el de brindar información clara, completa y comprensible a la demandante antes de adoptar la decisión de traslado; por una parte y por otra, el de dar asesoría idónea, que llega incluso a desanimar a la trabajadora si la decisión llegara a afectar sus intereses pensionales futuros, tal acto jurídico deviene en nulo. Es por ello que la decisión a la que arrimó la falladora de primera instancia se ajusta a derecho, por lo que me veo en la obligación de respaldar tal postura a través de mi disenso frente a la decisión tomada por la mayoritaria de esta Sala de Decisión Laboral, en tanto insisto, la nulidad absoluta de tal acto jurídico se consolida a la luz de lo establecido en el artículo 1741 del C.C.C., antes referido, con la consecuencia que el mismo compendio sustantivo trae en el artículo 1746; esto es, volver a la actora a su primigenia y única afiliación, aquella realizada al Régimen de Prima Media ante CAJANAL, conforme lo indica el art. 52 de la Ley 100 de 1993 y que ahora se encuentra a cargo, en forma exclusiva, de COLPENSIONES, para de esta manera hacer uso del derecho a la libre escogencia que trae el artículo 13 de la norma en cita (literal b).

Tal conclusión, que se apega con rigor a la ley, no se puede condicionar a que la actora hubiese estado afiliada al extinto ISS, dando a entender que éste era el único administrador del RPM, porque en realidad no lo es, por una parte; por otra, que no se trata de una primera afiliación sino de un traslado, porque se insiste que una de las características del Sistema General de Pensiones en Colombia, es ser única (artículo 13 Ley 100 de 1993 literal e) modificado por el artículo 2º. de la Ley 797 de 2003) y ésta, para el caso en estudio, ocurrió el 15 de diciembre de 1983; y finalmente, que la nulidad absoluta no se puede acomodar a una relativa, dejando la sensación, por demás injusta, que todos los vicios del consentimiento que se configuran en el acto jurídico de traslado de régimen por

descuido y desatención de la administradora del RAIS, perdieran importancia o se subsanaron. Lo cierto es que se trata de una nulidad absoluta y por lo tanto insaneable a la luz de la última norma sustantiva en cita.

Dicho lo anterior, bien podría la Sala de Decisión Laboral, en procura de salvaguardar los derechos antes mencionados, máxime que en este asunto, se reitera, están en juego aspectos tan trascendentes como el acceso a una pensión de vejez en condiciones dignas, se requiere acudir a una hermenéutica que se avenga a los principios que inspiran al sistema y a los regímenes pensionales, en los que se prevé el traslado libre y voluntario e incluso a las disposiciones que en la ley así lo imponen, para confirmar la sentencia condenatoria adoptada por la falladora de primera instancia, manteniendo el decreto de nulidad de la afiliación que concita nuestra atención, por cuanto ésta en nada afecta los intereses de COLPENSIONES, por tratarse de un asunto meramente económico el cual se subsana, en criterio de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral- con la imposición de obligaciones que compensen sobradamente los ingresos fundantes del monto de la pensión en el RPM; tampoco se defraudaría al sistema porque en todo caso su ingreso a tal administradora del RPM conlleva un traslado de aportes, con rendimiento, utilidades y demás elementos que permitan equiparar las cotizaciones para acceder a una pensión, en las condiciones que traía cuando era afiliada a la extinta Cajanal; es decir, no se rompe el equilibrio financiero del sistema pensional a cargo de la entidad demandada.

Finalmente me disculpo por ser insistente en este tema, pero ruego una vez más tener en cuenta los argumentos antes esbozados para futuras decisiones, en tanto se están resolviendo situaciones de trascendental importancia en la vida de los usuarios de la justicia ordinaria laboral, que exige, por su condición de vulnerabilidad, que las decisiones se adopten en el marco del precedente jurisprudencial, legal y constitucional.

En los anteriores términos presento mi tesis argumentativa contraria a la depuesta por la mayoría de los integrantes de esta Sala de Decisión Laboral.

Fecha ut supra

CLARA INÉS LÓPEZ DÁVILA
Magistrada

CONTRATO DE TRABAJO - Elementos.
CONTRATO DE TRABAJO - PRESUNCIÓN LEGAL: Acreditada la prestación personal en beneficio del demandado, le compete a éste desvirtuar dicha presunción.

Conforme el análisis de la prueba recaudada dentro del proceso, se determina que se encuentra acreditado que las partes estuvieron vinculadas mediante un contrato de trabajo, en tanto se demostró la prestación personal de un servicio remunerado y subordinado del trabajador a favor del ingeniero contratista demandado, quien no logró desvirtuar la presunción legal que obra en su contra, contenida en el artículo 24 del CST, al no demostrar que la prestación del servicio no se dio de forma subordinada; y si bien el ingeniero demandado suscribió un contrato de mano de obra con otra persona, esta no ostentó la calidad de contratista independiente, estableciéndose que quien tenía a cargo la dirección y ejecución de la obra era el ingeniero, quien impartía las órdenes a través del maestro de obra, el cual a su vez dirigía a los obreros entre ellos el causante, actuando como representante del empleador.

ACCIDENTE DE TRABAJO - INDEMNIZACIÓN PLENA DE PERJUICIOS: Cuando se persigue su pago, le corresponde al demandante demostrar que el empleador incurrió en culpa en la ocurrencia del accidente de trabajo para que asuma la totalidad de los perjuicios que produjo este hecho y a su turno le incumbe a éste probar su diligencia y cuidado tendientes a evitar tales accidentes.
ACCIDENTE DE TRABAJO - INDEMNIZACIÓN PLENA DE PERJUICIOS: Al incumplir con sus obligaciones de protección y seguridad para con el trabajador, la culpa leve le es imputable al empleador.

Verificado que la muerte del trabajador, ocurrió cuando se encontraba desarrollando sus labores de trabajo y que fue producto de la culpa comprobada del contratista demandado, al incumplir con sus obligaciones de protección y seguridad de sus trabajadores, en tanto no se contaba con los elementos de protección individual necesarios y tampoco se le brindó capacitaciones acerca de la labor de excavación, ni se tomaron las medidas de seguridad para ejecutar estas labores, se determina que este suceso configura un accidente de trabajo y que procede la indemnización plena de perjuicios reclamada.

LUCRO CESANTE PROVENIENTE DEL FALLECIMIENTO DE UNA PERSONA - Corresponde a la pareja supérstite acreditar el vínculo conyugal o la condición de compañero permanente y la realización de los aportes por parte del fallecido, para el sostenimiento del hogar común.

No obstante tal perjuicio emerge de la dependencia económica del peticionario con la víctima, es viable su reconocimiento a quienes, a pesar de contar con ingresos propios, percibían de ella asistencia económica habitual; por tanto al acreditarse que el causante contribuía con su pareja, para el sostenimiento del hogar y, especialmente de sus hijos comunes, la cual quedó abocada a asumir en su integridad, la satisfacción de las necesidades del núcleo familiar, procede el reconocimiento de la indemnización por lucro cesante, pues la remuneración percibida por ésta, no descarta la sumisión económica; así mismo se reconoce a los hijos, respecto de quienes se encuentra probada su dependencia económica, al ser menores de edad para la fecha en que ocurrió el siniestro.

PERJUICIOS MORALES - Se tasan conforme el prudente arbitrio judicial.

Hay lugar a su reconocimiento, en la cuantía estimada en primera instancia, al encontrarse demostrado el dolor afectivo y el menoscabo de los sentimientos de los accionantes, derivados de la muerte del trabajador.

SOLIDARIDAD LABORAL DE LA ENTIDAD BENEFICIARIA DE LA OBRA – Cuando ésta no es ajena a sus actividades normales o corrientes.

Procedencia de declarar al ente territorial demandado solidariamente responsable de las condenas

impuestas, siendo que se demostró la suscripción de un contrato de obra entre este y el contratista independiente accionado con el objeto de realizar una obra civil y en tanto se probó la existencia de un contrato de trabajo y que la labor ejecutada por el trabajador pertenecen a las actividades normales o corrientes de quien encargó su ejecución, esto es, el municipio, pues a su cargo se halla el mantenimiento de las vías del mismo, decantándose con ello la relación de causalidad entre el contrato de obra y el de trabajo declarado dentro del presente proceso.

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE PASTO
SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE:
DR. JUAN CARLOS MUÑOZ

Ordinario Laboral No. 2006-00045-01 (149)

En San Juan de Pasto, a los cinco (5) días del mes de diciembre de dos mil dieciocho (2018), 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 **JUAN CARLOS MUÑOZ,** quien actúa como ponente, **CLARA INÉS LÓPEZ DÁVILA** y **CLAUDIA CECILIA TORO RAMÍREZ,** en asocio de la Secretaria, se constituyeron en AUDIENCIA PÚBLICA dentro del proceso **ORDINARIO LABORAL** instaurado por **CONCEPCIÓN CHÁVEZ DE POPAYÁN** y **MARÍA ALEIDA CÓRDOBA CUELTAN** quien actúa en nombre propio y en representación de **SEBASTIÁN MAURICIO CHÁVEZ CÓRDOBA** y **ANDRÉS FERNANDO CHÁVEZ CÓRDOBA**, contra **ALBEIRO GERARDO BURBANO TAJUMBINA** y solidariamente contra el **MUNICIPIO DE SAN PEDRO DE CARTAGO – NARIÑO**. El Secretario informa que las partes se encuentran debidamente notificadas. Acto seguido el señor Magistrado Sustanciador, presentó a consideración de la Sala el respectivo proyecto de fallo, el que después de ser discutido fue aprobado. A continuación la Sala procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SALA DE DECISIÓN LABORAL

San Juan de Pasto, cinco (5) de diciembre dos mil dieciocho (2018).

1. ANTECEDENTES

CONCEPCIÓN CHÁVEZ DE POPAYÁN y **MARÍA ALEIDA CÓRDOBA CUELTAN** quien actúa en nombre propio y en representación de **SEBASTIÁN MAURICIO CHÁVEZ CÓRDOBA** y **ANDRÉS FERNANDO CHÁVEZ CÓRDOBA**, a través de apoderado judicial instauraron demanda ordinaria laboral en contra de **ALBEIRO GERARDO BURBANO TAJUMBINA** y solidariamente contra el **MUNICIPIO DE SAN PEDRO DE CARTAGO – NARIÑO**, para que el juzgado de conocimiento en sentencia de mérito que haga tránsito a cosa juzgada material declare la existencia de un contrato de trabajo entre el señor **DIEGO FERNANDO CHÁVEZ** y el demandado **ALBEIRO BURBANO TAJUMBINA**, vinculo que terminó con la muerte del trabajador en accidente de trabajo ocurrido el 22 de noviembre de 2003, por causas imputables al empleador. Consecuencialmente, solicitó se condene al demandado y solidariamente al **MUNICIPIO DE SAN PEDRO DE CARTAGO - NARIÑO** al pago de sumas de dinero por concepto de perjuicios materiales y morales, así como la indexación, intereses corrientes e intereses moratorios, junto con las costas procesales a que haya lugar.

1.1. HECHOS.

Del escrito de demanda y de los anexos aportados, se extractan en síntesis los siguientes hechos, en los cuales la parte demandada soporta sus pretensiones:

• Que DIEGO FERNANDO CHÁVEZ, fue contratado verbalmente por el Ingeniero ALBEIRO GERARDO BURBANO TAJUMBINA el 10 de noviembre de 2003, para desempeñarse como obrero y realizar labores de excavación en la obra que se denominó *"ADECUACIÓN VÍA BARRIO EL CARMELO"* en el Municipio de San Pedro de Cartago (N), percibiendo un salario de $309.000 mensuales.
• Que el día 22 de noviembre de 2003, Diego Fernando Chávez en cumplimiento y desarrollo de sus funciones sufrió accidente de trabajo que le ocasionó la muerte.
• Que el ingeniero a cargo de la obra no tenía un programa de Salud Ocupacional, existiendo violación por parte de la empresa a la Resolución 1016 de 1989 y tampoco afilió al trabajador a una administradora de riesgos profesionales.
• Que el causante DIEGO FERNANDO CHÁVEZ, contrajo matrimonio católico con MARÍA ALEIDA CÓRDOBA CUELTAN, el 7 de octubre de 1.999, relación producto de la cual nacieron dos hijos de nombre SEBASTIÁN MAURICIO CHÁVEZ CÓRDOBA y ANDRÉS FERNANDO CHÁVEZ CÓRDOBA.
• Que para la fecha en que falleció DIEGO FERNANDO CHÁVEZ, convivía con su cónyuge y su hijo SEBASTIÁN MAURICIO CHÁVEZ CÓRDOBA, pues ANDRÉS FERNANDO CHÁVEZ CÓRDOBA, convive desde el año 2002 con su abuela materna la señora CONCEPCIÓN CHÁVEZ DE POPAYAN, por causa de un tratamiento médico en la ciudad de Cali (V).
• Que a la esposa del causante e hijos les fue reconocida Póliza Colectiva de Accidentes Personales No. 1500535 de la Compañía Suramericana de Seguros de Vida.
• Que existe solidaridad entre el Ingeniero ALBEIRO BURBANO TAJUMBINA como contratista de la obra y el MUNICIPIO DE SAN PEDRO DE CARTAGO- NARIÑO como contratante, dueño y beneficiario de la obra en referencia, por lo tanto ambos deben responder por la indemnización plena y ordinaria de perjuicios.
• Que el 25 de mayo de 2006 se presentó reclamación administrativa ante el Municipio de San Pedro de Cartago frente a la cual se dio respuesta el 22 de junio del mismo año.

1.2 TRÁMITE Y DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Correspondió el conocimiento del proceso al Juzgado Civil del Circuito de La Unión, el que admitió la demanda mediante auto del **19 de julio de 2006** (fl. 65), en el que se ordenó la notificación y traslado a los demandados, actuaciones que se surtieron en legal forma.

Trabada la Litis, el **MUNICIPIO DE SAN PEDRO DE CARTAGO (N),** por intermedio de apoderada judicial contestó la demanda, oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones incoadas por los demandantes. Negó la existencia de una relación laboral con DIEGO FERNANDO CHÁVEZ, pues manifestó que el MUNICIPIO DE SAN PEDRO DE CARTAGO – NARIÑO, contrató la construcción de la obra con el Ingeniero ALBEIRO GERARDO BURBANO TAJUMBINA, quien a su vez asegura subcontrató con el señor PABLO TORO AZA, por lo tanto afirma el municipio no tiene ninguna responsabilidad frente al accidente que le ocasionó la muerte al causante. No propuso excepciones en su defensa (fls 73 - 74)

Por su parte, **ALBEIRO GERARDO BURBANO TAJUMBINA**, al contestar la demanda a través de apoderada judicial, se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones de la demanda. Manifestó que no celebró contrato de trabajo con el causante Diego Fernando Chávez, por ello adujo que ni él ni el MUNICIPIO DE SAN PEDRO DE CARTAGO (N) resultan ser solidariamente responsables del accidente que le quitó la vida. No propuso excepciones en su defensa (fls 80 a 82)

Una vez recaudado el material probatorio y estando clausurado el debate del mismo, el Juzgado Civil del Circuito de la Unión Nariño el **16 de marzo de 2018** dirimió el asunto con sentencia condenatoria. DECLARÓ la existencia de un contrato de trabajo entre DIEGO FERNANDO CHÁVEZ y el Ingeniero Civil ALBEIRO GERARDO BURBANO TAJUMBINA, vigente entre el **10 y el 22 de noviembre de 2003**, vínculo que terminó por muerte del trabajador. DECLARÓ que el accidente ocurrido el 22 de noviembre de 2003 en el MUNICIPIO DE SAN PEDRO DE CARTAGO (N), en el que perdió la vida DIEGO FERNANDO CHÁVEZ, fue un accidente de trabajo que se produjo por la culpa comprobada y exclusiva del empleador. Consecuencialmente condenó al Ingeniero contratista ALBEIRO BURBANO TAJUMBINA y solidariamente al MUNICIPIO DE SAN PEDRO DE CARTAGO (N), a pagar a favor de los demandantes la sumas de dinero que se leen a folios 64 y 65 por concepto de perjuicios materiales correspondientes a lucro cesante consolidado y futuro, así como perjuicios morales ocasionados por la muerte de DIEGO FERNANDO

CHÁVEZ. ABSOLVIÓ al demandando ALBEIRO GERARDO BURBANO TAJUMBINA respecto de la pretensión alusiva al reconocimiento de daño emergente y lo condenó en costas junto con el MUNICIPIO DE SAN PEDRO DE CARTAGO (N), en un 15% del valor total de las pretensiones. (fls. 395-427)

1.3 APELACIÓN.

Inconformes con la decisión, dicho proveído fue censurado en el término de ley por las partes integrantes del contradictorio, a través del recurso de apelación.

APELACIÓN MUNICIPIO DE SAN PEDRO DE CARTAGO

Fundó su apelación en dos puntos a saber ***i)*** Manifestó que en el proceso se acreditó que el Ingeniero ALBEIRO GERARDO BURBANO TAJUMBINA no tiene claridad sobre en qué obra de las que tenía a su cargo ocurrió el accidente en el que perdió la vida DIEGO FERNANDO CHÁVEZ, por ende afirma que al no tener certeza al respecto no podría alegarse la solidaridad del MUNICIPIO DE SAN PEDRO DE CARTAGO (N). ***ii)*** En cuanto a la solidaridad prevista en el artículo 34 del CST advirtió que la misma no se puede predicar respecto del Municipio demandado, pues manifiesta que las obras de adecuación de vías o alcantarillados son extrañas al Municipio. (MINUTO 03:25:30 A 03:32:40 Cd 1)

APELACIÓN DEMANDADO ALBEIRO GERARDO BURBANO TAJUMBINA

En síntesis, el apelante solicita se revoque en su totalidad la sentencia proferida por el A Quo bajo los siguientes argumentos:

a) INEXISTENCIA DEL CONTRATO LABORAL. Indicó que no se logró demostrar la prestación personal del servicio por parte del causante DIEGO FERNANDO CHÁVEZ en su favor, pues manifiesta que el contrato de obra pública No 013 que celebró el 16 de diciembre de 2002, tuvo por objeto la *"Adecuación vía Barrio El Carmelo de Cartago",* y según informe de la Fiscalía se determina que el causante murió debido al deslizamiento de tierra en su lugar de trabajo esto es en la *"(Construcción alcantarillado Barrio Carmelo Cartago)"* es decir con el informe de la Fiscalía y el contrato de obra que ejecutó ALBEIRO GERARDO BURBANO TAJUMBINA, resulta claro que se trató de dos obras diferentes, la segunda de las cuales en la que perdió la vida el causante prevista para la *"construcción y/o ampliación del alcantarillado en el Barrio Carmelo",* no es aquella a la que alude la parte demandante en la relación fáctica de la demanda.

b) Indicó que la existencia de una póliza colectiva de seguro contra accidentes personales tomada por ALBEIRO GERARDO BURBANO TUJUMBINA, para el periodo comprendido entre el 21 de noviembre de 2003 al 21 de noviembre de 2004, tampoco es signo inequívoco de la prestación personal de servicios por cuenta del fallecido DIEGO FERNANDO CHÁVEZ y tampoco se puede concluir el carácter de empleador por parte del demandado ALBEIRO GERARDO BURBANO TAJUMBINA, pues aduce que le correspondía demostrar a la parte actora quién fungía como contratista de la obra civil de *"construcción y/o ampliación de alcantiarillado en el Barrio Carmelo",* ya que afirma del material probatorio se puede concluir que el empleador del causante fue el maestro de obra PABLO TORO AZA, por ende ALBEIRO GERARDO TAJUMBINA no debió ser demandado ya que a lo sumo fungió como beneficiario de la obra subcontratada con PABLO TORO AZA.

c) AUSENCIA DE PRUEBA DE LA CULPA DEL EMPLEADOR: Indicó que de la prueba testimonial recaudada, se evidencia que el demandado ALBEIRO GERARDO BURBANO TAJUMBINA, no dió las instrucciones o directrices respecto de las tareas que le causaron la muerte a Diego Fernando Chávez, resaltando que dicho accidente lo fue producto de la culpa exclusiva del causante quien decidió junto con sus compañeros de trabajo proceder a realizar una tarea que había sido suspendida.

d) AUSENCIA DE PRUEBA DE LA DEPENDENCIA ECONÓMICA DE UNO DE LOS HIJOS DEL FALLECIDO. Indicó que en caso de proferirse condena indemnizatoria, debe tenerse en cuenta que

según la prueba testimonial, uno de los hijos del causante Andrés Fernando Chávez Córdoba, ha vivido casi toda su vida con su abuela en la ciudad de Cali, por lo tanto existe ausencia de los factores legales y afectivos que viabilicen la indemnización a favor de Andrés Fernando Chávez Córdoba, situación que incide en la tasación del perjuicio moral.

e) PAGO DE LA INDEMNIZACIÓN POR PARTE DE LA ASEGURADORA. Manifestó el apelante que en todo caso la indemnización ya fue cubierta con la póliza que el demandando tomó y por virtud de la cual le fueron cancelados a la demandante la suma de $35.000.000, por ende afirma que dicha suma debe actualizarse y en ese orden de ideas cualquier condena se encontraría pagada (fl.s 430-437)

1.4 TRAMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

En cumplimiento de lo consagrado en el artículo 40 de la Ley 712 de 2001., se corrió traslado a las partes por el término de cinco (5) días, término en el cual el apoderado del demandado ALBEIRO GERARDO BURBANO TAJUMBINA, formuló alegando en el mismo sentido del recurso de apelación esto es: Inexistencia de contrato de trabajo. Reiteró que la obra de la cual el accionado fue contratista *"ADECUACIÓN DEL BARRIO EL CARMELO"*, no ocurrió ningún accidente en el que hubiese fallecido persona alguna y que en todo caso cualquier indemnización ya fue cubierta por la póliza que canceló la Aseguradora Suramericana. (fls 9-11 cuad. 2da instancia)

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 DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS.

En virtud de los argumentos expuestos en el recurso de alzada, y en aplicación del principio de congruencia dispuesto en el artículo 66 A del C. S. del T. y de la S. S., lo que debe la Sala de Decisión analizar es: ***i)*** Si se encuentra probada la existencia de un contrato de trabajo entre DIEGO FERNANDO CHÁVEZ (q.e.p.d.) y el accionado ALBEIRO GERARDO BURBANO TAJAUMBINA y de ser afirmativa la respuesta a dicho cuestionamiento, ***ii)*** Determinar si la muerte del causante fue como consecuencia de un accidente laboral acaecido por culpa comprobada del empleador que ocasionó la muerte del causante. ***iii)*** Determinar la procedencia de la indemnización plena de perjuicios a título de lucro cesante, daño emergente y daño moral solicitados en la demanda y ***vi)*** Definir si el Municipio de San Pedro de Cartago (N) resulta ser solidariamente responsable de las condenas impuestas y ***vii)*** Finalmente determinar si la indemnización ya fue cubierta por la Aseguradora Suramericana por virtud de la *"PÓLIZA COLECTIVA DE SEGURO CONTRA ACCIDENTES PERSONALES Y RECIBO DE PRIMA"*.

2.2. SOLUCIÓN A LOS PROBLEMAS JURÍDICOS PLANTEADOS.

2.2.1 EXISTENCIA DE CONTRATO DE TRABAJO.

Descendiendo a los problemas jurídicos planteados en el recurso de apelación, en el sub judice el fallador de instancia declaró la existencia de un contrato de trabajo entre DIEGO FERNANDO CHÁVEZ y el Ingeniero Civil ALBEIRO GERARDO BURBANO TAJUMBINA, vigente entre el 10 al 22 de noviembre de 2003, vinculo que terminó por muerte del trabajador.

Por su parte, el demandado ALBEIRO GERARDO BURBANO TAJUMBINA, se opuso a dicha decisión ya que considera no se acreditó que DIEGO FERNANDO CHÁVEZ hubiera prestado servicios personales en su favor.

Al respecto considera la Sala, que en aplicación a lo reglado en el artículo 177 del C. de P. C., hoy 167 del C.G. del P, aplicable por remisión al procedimiento laboral por disposición del artículo 145 del C. P. del T. y de la S. S., a la parte demandante le corresponde acreditar que entre el difunto trabajador y la parte demandada, existió un contrato de trabajo, atendiendo los postulados normativos consagrados en los artículos 22, 23 y 24 del C. S. del T., para lo cual no basta con la simple afirmación sobre el tema.

Para resolver el asunto es necesario acudir al artículo 23 del CST, norma que menciona los elementos esenciales del contrato de trabajo a saber: La actividad personal del trabajador realizada por sí mismo, la continuada subordinación o dependencia de este respecto del empleador que le da la facultad de impartir órdenes e instrucciones y el salario. También al artículo 24 ibídem, por cuanto *"se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo"*.

Ahora, en forma pacífica nuestro Tribunal de cierre, ha señalado que opera esta presunción legal a favor del demandante, cuando prueba la prestación personal del servicio, caso en el cual, surge a cargo del convocado a juicio, la obligación de demostrar con hechos contrarios a los presumidos, que la relación de trabajo con el demandante, no estuvo regida por un contrato de trabajo.[1]

2.2.2 PRESTACIÓN PERSONAL DEL SERVICIO.

Para dar respuesta a los argumentos del censor por pasiva relacionados con la existencia del contrato de trabajo, se tiene que respecto a la prestación personal del servicio del actor, a contrario *sensu* de lo afirmado por el apoderado de la parte demandada ALBEIRO GERARDO BURBANO TAJUMBINA, esta Judicatura la encuentra suficientemente probada, situación que se extrae del análisis efectuado al material probatorio recaudado en el sub judice, tanto documental como testimonial, tal y como se pasa a verificar a continuación:

Cuenta la Sala con las siguientes pruebas documentales:

• Obra a folio 115 a 116 contrato de obras públicas No 013 suscrito el 16 de diciembre de 2002, entre el MUNICIPIO DE SAN PEDRO DE CARTAGO (N) y el Ing. ALBEIRO GERARDO BURBANO TAJUMBINA cuyo objeto fue la *"adecuación vía Barrio El Carmelo de Cartago"*, contrato cuya duración inicial fue 3 meses. A folio 117 obra *"OTRO SI AL CONTRATO DE OBRAS PUBLICAS PARA LA ADECUACIÓN VÍA BARRIO EL CAMELO, DE FECHA 16 DE DICIEMBRE DE 2002"*, suscrito el 20 de marzo de 2003. (fl. 117)

• A folio 75 obra *"CONTRATO DE MANO DE OBRA",* suscrito el 31 de octubre de 2003 entre ALBEIRO GERARDO BURBANO TAJUMBINA en calidad de contratante y PEDRO PABLO TORO AZA en calidad de contratista, cuyo objeto fue suministrar *"por parte del CONTRATISTA en favor del CONTRATANTE la mano de obra a todo costo precio fijo sin reajustes para la Construcción del alcantarillado combinado y la pavimentación en adoquín vía Barrio el Carmelo de Cartago Nariño"*, cuya duración fue de 3 meses.

• A folios 36 a 37 obra *"PÓLIZA COLECTIVA DE SEGURO CONTRA ACCIDENTES PESONALES Y RECIBO DE PRIMA",* de fecha 28 de noviembre de 2003 con vigencia desde el 21 de noviembre de 2003 hasta el 21 de noviembre de 2004, en la que figura como tomador ALBEIRO GERARDO BURBANO TAJUMBINA y como asegurados las personas que se relacionan en el folio 37, entre ellos causante DIEGO FERNANDO CHÁVEZ, PEDRO PABLO TORO AZA, JESÚS MANUEL NOGUERA Y BAYARDO JESÚS MUÑOZ entre otros.

• FORMULARIO PARA RECLAMACIÓN PARA SEGUROS DE PERSONAS suscrito por el demandado ALBEIRO GERARDO BURBANO TAJUMBINA, en el que se indicó *"siniestro que le causa la muerte, en su sitio de trabajo en el Municipio de San Pedro de Cartago- Nariño como se demuestra con el acta de levantamiento de cadáver y Necropsia"*. (fls. 38-39)

[1] C.S.J., Sala Casación Laboral, sentencia 39377 del 29 de junio de 2011. *"En efecto, como tantas veces lo ha asentado la jurisprudencia de esta Corporación, para la configuración del contrato de trabajo se requiere que en la actuación procesal esté demostrada la actividad personal del trabajador a favor de la demandada. Y en lo que respecta a la continuada dependencia o subordinación jurídica, que es el elemento característico y diferenciador de toda relación de carácter laboral, no es menester su acreditación con la producción de la prueba apta, cuando se encuentra evidenciada esa prestación personal del servicio, toda vez que en este evento lo pertinente es hacer uso de la presunción legal, que para el caso es la prevista en el artículo 24 del Código Sustantivo de Trabajo según el cual, "Se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo."*
Lo anterior significa, que a la parte actora le basta con probar la prestación o la actividad personal, para que se presuma el contrato de trabajo, mientras que es a la accionada a quien le corresponde desvirtuar dicha presunción con la que quedó beneficiado el trabajador."

Ahora bien el testigo JESÚS BAYARDO MUÑOZ afirmó que conoció a Diego Fernando Chávez en la obra que hubo en el Municipio de Cartago, no recuerda el nombre de la misma pero refiere que fue en el arreglo de una calle frente al Centro de Salud, comentó que en su caso quien lo contrató fue el *"maestro Pablo"*, pero no sabe quien vinculó al causante, sin embargo, adujo que era el maestro referido quien les pagaba, precisando que desconoce si éste trabajaba para el ingeniero Burbano. Manifestó que, el ingeniero aludido visitaba la obra cada mes o cada quince días, resaltando que hablaba muy poco con ellos y que su comunicación era con el Maestro. Informó que el causante llevaba laborando aproximadamente 15 días cuando ocurrió el accidente. Afirmó que, recibían órdenes del maestro porque eran sus ayudantes y ese día éste les dijo que debían abrir *"esa chamba"*. Manifestó que el ingeniero ALBEIRO BURBANO TAJUMBINA no les dio nunca instrucciones de trabajo porque ellos estaban al mando del *"maestro Pablo"*.

Por su parte el testigo MANUEL JESÚS NOGUERA (fl 148 a 152) afirmó que conoció a Diego Fernando Chávez, porque trabajaron juntos en la obra del Coliseo de Cartago y en la obra que se hizo en la calle del Puesto de salud. Aseguró que, fueron contratados por 'Don Pablo'. Manifestó que conoció al Ingeniero Albeiro Burbano Tajumbina, en otra obra en el acueducto de La Estancia en el Municipio de Cartago, obra en el que afirma el testigo trabajo 4 meses. Afirmó que DIEGO FERNANDO CHÁVEZ, apenas llevaba quince días cuando ocurrió el accidente. Adujo que Bayardo, Diego y él fueron contratados directamente por el Maestro Pablo Toro para trabajar en la excavación de la calle de frente al Puesto de Salud para ser adoquinada, resaltando que no les dijo por cuanto tiempo los contrataba, labores que les remuneraba con $10.000 diarios. Aseguró que se encontraban bajo las órdenes del "Maestro Pablo" y que el Ingeniero ALBEIRO BURBANO TAJUMBINA, visitaba la obra cada quince días, precisando que él se entendía con los maestros Pablo y Lucho, sobre todo con el primer de los referidos, quien afirma era el que dirigía a todos los obreros. Manifestó que, Diego siempre atendía las órdenes que les daba el maestro Pablo; que trabajaban de lunes a viernes de 7:00 a.m. a 12:00 p.m. y de 1:00 p.m. a 5:00 p.m. y los sábados de 7:00 am a 12: 00 pm. Afirmó que, las indicaciones de lo que debían hacer el día del accidente se las dio el maestro Pablo pero no sabe quién le dio las directrices a él. Desconoce dónde se encontraba el Ingeniero demandado a la hora del accidente, pues advierte que aquel visitaba la obra cada 15 días. Finalmente manifestó que, el día miércoles antes del accidente la obra había sido suspendida debido a las fuertes lluvias y que según el maestro Pablo el ingeniero le habría dicho que suspendiera la obra porque la realizarían con retroexcavadora.

La anterior prueba testimonial referida indica sin dubitación alguna, que el causante DIEGO FERNANDO CHÁVEZ, prestó su fuerza de trabajo a favor del demandado ALBEIRO GERARDO BURBANO TAJUMBINA, como obrero en las obras que éste desarrollaba en la Vía Barrio el Carmelo en el MUNICIPIO DE CARTAGO (N), pues en este punto debe advertir la Sala que si bien el demandado ALBEIRO GERARDO BUBANO TAJUMBINA, suscribió un contrato de mano de obra con PEDRO PABLO TORO AZA, quien según los testigos fue quien los contrató incluido al fallecido DIEGO FERNANDO CHÁVEZ, la Sala advierte que PABLO PEDRO TORO AZA no ostentó la calidad de trabajador independiente según lo prevé el artículo 34 del C.S.T., que establece que "Son contratistas independientes y, por tanto, verdaderos patronos y no representantes ni intermediarios, a las personas naturales o jurídicas que contraten la ejecución de una o varias obras o la prestación de servicios en beneficios de terceros, por un precio determinado, ***asumiendo todos los riesgos, para realizarlos con sus propios medios y con libertad y autonomía técnica y directiva*** (negrilla fuera del texto), condiciones que PEDRO PABLO TORO AZA, no reunió.

En efecto del *"CONTRATO DE MANO DE OBRA"* visible a folio 75 se lee claramente en la cláusula séptima *"SEPTIMA- EL CONTRATISTA (…) Además responderá solidariamente por la herramienta, materiales y de objetos entregados por EL CONTRATANTE"*, a renglón seguido pese a que en la cláusula OCTAVA se indicó *"EL CONTRATISTA se obliga a ejecutar los trabajos bajo su dirección, sobre cualquier asunto relacionado con la obra y todo el personal necesario para la realización de la misma correrá por su cuenta y riesgo"*, ellos no ocurrió pues de las declaraciones de los anteriores testigos se logró establecer claramente que quien estaba bajo la dirección y ejecución de la obra era el ingeniero ALBEIRO GERARDO BUBANO TAJUMBINA, quien impartía las órdenes a través del maestro PEDRO PABLO TORO AZA, quien a su vez dirigía a los obreros entre ellos el causante tal y como lo manifestaron los testigos antes referidos actuando como representante del empleador según lo dispone el artículo el artículo 32 del CST que establece:

> *"ARTICULO 32. REPRESENTANTES DEL PATRONO: Son representantes del patrono y como tales lo obligan frente a sus trabajadores además de quienes tienen ese carácter según la ley, la convención o el reglamento de trabajo, las siguientes personas:*

a) Las que ejerzan funciones de dirección o administración, tales como directores, gerentes, administradores, síndicos o liquidadores, mayordomos y capitanes de barco, y ***quienes ejercitan actos de representación con la aquiescencia expresa o tácita de patrono****, y (negrillas fuera del texto)*
b) Los intermediarios".

Lo anterior también se confirma con la póliza que suscribió el demandado ALBEIRO GERARDO BURBANO TAJUMBINA, seis días después de que ocurrió el accidente en que perdió la vida el causante y en la que figura en calidad de tomador, registrando como asegurados entre otros al fallecido DIEGO FERNANDO CHÁVEZ, y PEDRO PABLO TORO AZA, lo que deja entrever su condición de verdadero empleador.

2.2.3 SUBORDINACIÓN.

Definida la prestación del servicio del causante en favor de ALBEIRO GERARDO BURBANO TAJUMBINA, es procedente dar aplicación a la presunción contenida en el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 2º de la Ley 50 de 1990, que establece que *"Se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo"*, invirtiéndose la carga de la prueba en cabeza del presunto empleador, por lo que le correspondía a aquel demostrar que la prestación del servicio no se dio de forma subordinada, para así desvirtuar la presunción que pesa en su contra.

En este orden de ideas, procede la Sala a analizar si con el material probatorio recaudado dentro del presente asunto, el accionado logró desvirtuar la presunción legal que pesa en su contra, respecto de que la prestación del servicio por parte del causante DIEGO FERNANDO CHÁVEZ, fue subordinada. Sin embargo con las declaraciones de los testigos, JESÚS BAYARDO MUÑOZ y MANUEL JESÚS NOGUERA, dicha subordinación queda confirmada, puesto que son coincidentes en afirmar que eran los maestros de la obra *"LUCHO"* y PEDRO PABLO TORO AZA quienes impartían las órdenes e instrucciones a los trabajadores de la obra, maestros de obra que como ya se dijo anteriormente ostentaron la calidad de representantes del empleador en este caso del Ing. ALBEIRO GERARDO BURBANO TAJUMBINA.

2.2.4 EXTREMOS TEMPORALES y SALARIO DEVENGADO.

Respecto de los extremos temporales, se tiene como hecho indiscutible el fallecimiento del señor Diego Fernando Chávez, el cual tuvo ocurrencia el 22 de noviembre de 2003, según se extrae del certificado de defunción visible a folio 11 del expediente, siendo dicha data el extremo final de la relación laboral.

Ahora bien, resta establecer el extremo inicial del vínculo laboral existente entre el causante y el accionado, el cual se remonta quince días anteriores a la fecha del deceso de Diego Fernando Chávez, esto es, el 8 de noviembre de 2003, situación que se extrae de la declaraciones rendidas por los deponentes JESÚS BAYARDO MUÑOZ y MANUEL JESÚS NOGUERA excompañeros de trabajo del de *cujus*, quienes en su relato informaron que el causante llevaba quince días trabajando cuando ocurrió el accidente, situación que permite deducir en forma por demás obvia el extremo inicial del contrato de trabajo, el cual como ya se manifestó y se reitera, es el 8 de noviembre de 2003, sin embargo, como quiera que en el presente asunto la parte demandante como pretensiones de la demanda, solicitó se declare la existencia de un vínculo contractual laboral entre el causante y el demandado desde el 10 de noviembre de 2003, data que determinó el Juez *A Quo*, se mantendrá incólume.

Siendo así, resta solamente definir cuál fue el último salario devengado por el causante, aspecto sobre el cual los testigos JESÚS BAYARDO MUÑOZ Y MANUEL JESÚS NOGUERA indicaron que se les remuneraba la suma de $10.000 diarios los que eran pagados de manera quincenal, suma que es inferior al salario mínimo del año 2003, que ascendía a $332.000, lo que conlleva a aplicar el contenido del artículo 132 del C. S. del T., de donde se puede inferir que el salario devengado por aquel fue al menos el equivalente al salario mínimo legal mensual vigente para la época laborada, pues si bien a los integrantes de la relación laboral les está permitido convenir libremente el salario en sus diversas modalidades, a aquellos les está vedado pactarlo sin respeto del salario mínimo legal.

En conclusión de lo dicho, en el sub judice se logró verificar la existencia de un contrato de trabajo entre el causante DIEGO FERNANDO CHÁVEZ y el demandado ALBEIRO GERARDO BURBANO TAJUMBINA, vigente entre el 10 al 22 de noviembre de 2003, devengando el salario mínimo mensual legal vigente para dicha anualidad, esto

es la suma de $332.000, vínculo que finalizó por el accidente sufrido por el extrabajador que le ocasionó la muerte, conclusión a la que también arribó el Juez A Quo y que será confirmada en lo pertinente.

Establecido lo anterior, pasa la Sala a verificar la procedencia de las pretensiones consecuenciales a dicha declaratoria de existencia de contrato de trabajo.

2.2.4 ACCIDENTE DE TRABAJO.

Partiendo del hecho de la existencia del contrato de trabajo entre el causante y el demandado, tal y como quedó anteriormente establecido, es menester entrar a determinar si la muerte de DIEGO FERNANDO CHÁVEZ, se da con ocasión de un accidente de trabajo y si respecto de aquel el accionado ALBEIRO GERARDO BURBANO TAJUMBINA tiene responsabilidad.

Para tal efecto es preciso acotar, que la normatividad aplicable al presente asunto no es otra que la vigente a la data de la ocurrencia de los hechos, esto es el 22 de noviembre de 2003, lo dispuesto en el artículo 9º del Decreto 1295 de 1994, que entiende por accidente de trabajo, *"(...) todo suceso repentino que sobrevenga por causa o con ocasión del trabajo, y que produzca en el trabajador una lesión orgánica, una perturbación funcional, una invalidez o la muerte. (...) Es también accidente de trabajo aquel que se produce durante la ejecución de órdenes del empleador, o durante la ejecución de una labor bajo su autoridad, aún fuera del lugar y horas de trabajo."* [2]

De la norma en cita, la doctrina ha realizado un análisis juicioso de los elementos básicos de la noción de accidente de trabajo, que se trae a colación para mayor ilustración:

> ***"Elementos básicos de la noción de accidente de trabajo***
> *"(...)"*
>
> *"El accidente de trabajo se define como un suceso repentino que sobreviene por causa o con ocasión del trabajo y que le produce una lesión orgánica, una perturbación funcional, una invalidez o la muerte (art. 9°).*
>
> *"1. En primer término el accidente de trabajo es un suceso repentino, es decir, un acontecimiento que se presenta de pronto, sin que haya sido posible evitarlo. Ya la noción legal no se refiere a que sea "imprevisto", como lo hacía la legislación anterior, ya que los accidentes de trabajo son, en buena medida previsibles. No obstante, lo concreto de este elemento está en el suceso: mientras éste no haya ocurrido efectivamente no puede hablarse de un accidente de trabajo, aunque se esté en presencia de un riesgo inminente sobre el cual deba actuarse.*
>
> *"2. En segundo lugar, el accidente puede sobrevenir por causa o con ocasión del trabajo. Este es el elemento de mayor complejidad de la noción de accidente de trabajo. Significa, en primer término, que el accidente debe tener vinculación con el trabajo, por oposición a los riesgos comunes o ajenos al trabajo. Las normas precisan, en segundo lugar, la forma que puede adoptar esa vinculación con el trabajo: puede ser con causa del trabajo o puede ser con ocasión del trabajo. Esto quiere decir que la noción de accidente de trabajo no puede estar circunscrita al suceso ocurrido trabajando en la realización de la tarea (que sería por causa del trabajo), sino que caben en esta noción otros sucesos acaecidos por fuera de la labor específica, pero vinculados al trabajo (es decir, con ocasión del trabajo). Más adelante se volverá sobre la complejidad conceptual del accidente con ocasión del trabajo.*

[2] Artículo declarado inexequible mediante sentencia C-858 de 2006, hecho ocurrido con posterioridad al accidente sufrido por el actor, por lo que no resulta aplicable lo establecido el literal n) del artículo 1º de la Decisión 584 de 2004 del Instrumento Andino de Seguridad y Salud en el Trabajo de la Comunidad Andina de Naciones - CAN y la Ley 1562 de 11 de julio de 2012 por la cual se modifica el Sistema de Riesgos Laborales y se dictan otras disposiciones en materia de Salud Ocupacional, al ser tener dichas disposiciones aplicaciones posteriores a la ocurrencia del accidente.

> *"3. Finalmente, el accidente de trabajo debe producir una consecuencia en la integridad del trabajador. Aunque de manera un tanto inapropiada, la norma legal señala que, el accidente debe producir en el trabajador una lesión orgánica, una perturbación funcional, una invalidez o la muerte; este elemento precisa, simplemente, que el accidente de trabajo, para ser considerado como tal, debe producir consecuencias a la víctima. Con otras palabras, no es accidente de trabajo, en términos jurídicos, el ocurrido sin consecuencias en la víctima."* [3]

Ahora bien, del contenido de esta definición se extrae que debe existir un nexo de causalidad entre el percance repentino generador del daño y la prestación del servicio bajo subordinación, bien sea por causa del trabajo o con ocasión de éste, donde la norma no exige que esa relación sea directa, en virtud de que puede estar presente en forma indirecta o mediata con el oficio o labor desempeñada; y por consiguiente el hecho dañoso debe enmarcarse dentro de la noción de accidente de trabajo, guardando relación directa o indirecta, con el trabajo, con la ejecución de una orden del empleador o en desarrollo de una labor bajo su autoridad.

Aclarado lo anterior, se tiene que en el caso de marras es un hecho indiscutible el accidente sufrido por DIEGO FERNANDO CHÁVEZ, que le ocasionó la muerte el 22 de noviembre de 2003 (Fl. 11), tras haber sido sepultado en una chamba sobre la carrera 3 del perímetro urbano del Municipio de San Pedro de Cartago a una profundidad de 2 metros, frente al Centro Hospital de San Pedro por derrumbe de tierra y barro, lugar donde el causante prestaba sus servicios personales como obrero, esto es en las obra que se realizaba en la vía Barrio el Carmelo del Municipio de Cartago - Nariño, siendo procedente determinar si dicho suceso se constituye en un accidente de tipo laboral, conforme las reglas doctrinarias a las que se ha hecho referencia.

Para tal efecto, obra en el plenario la declaración de JESÚS BAYARDO MUÑOZ, (fls. 142-147) quien fungió como compañero de trabajo del causante, deponente que al ser interrogado respecto del accidente ocurrido relató que ese día se encontraban laborando Manuel Noguera, Diego y el testigo, precisando que el siniestro se presentó cuando se encontraban realizando una *"chamba"* para entrar una tubería, entonces el lote se derrumbó y tapo a DIEGO FERNANDO CHÁVEZ. Informó que quien impartió la orden de abrir dicha *"chamba"* fue el *"maestro Pablo"*. Aseguró que, ninguno de los obreros tenía elementos de seguridad. Respecto a las capacitaciones en medidas de seguridad, manifestó que fue el *"maestro Pablo"* quien les advirtió que debían tener cuidado, pues resalta que el día miércoles de la semana que ocurrió el accidente sacaron a los trabajadores de la obra debido a la fuertes lluvias. Comentó que, el día del accidente se encontraba supervisando la obra el *"maestro Lucho"*, pero que para el momento en que ocurrió el siniestro no se estaba presente. Aclaró que el accidente y el derrumbo ocurrieron porque estaba lloviendo mucho y el terreno estaba *"blandito"*, resaltando que ese día después de lo ocurrido las labores se suspendieron y se retomaron el día lunes cuando llevaron una retroexcavadora para abrir la chamba pues nadie quería entrar nuevamente. Informo que no sabe si en la obra había un ingeniero residente o vigía, aclarando que en la misma solo se encontraba el *"Maestro Lucho"* quien después del accidente llegó a ayudar a sacar y llevar a Diego al puesto de salud, pero que aquel no inspeccionó el terreno y tampoco entró a la chamba, simplemente les dijo *"muchachos hay que emparejar eso para meter esos tubos"* sin darles ninguna recomendación antes de entrar a la chamba misma que asegura tenia aproximadamente 1.70 mts de profundidad. Advirtió que no fueron instruidos sobre cómo hacer una ataguía o un entibamiento en una chamba de profundidad superior a 1.20 mts pues ni siquiera conoce esos términos. Comentó que el día del accidente a los lados de la chamba no hubo ningún elemento como tablas o láminas de acero para evitar un deslizamiento de tierra. Manifestó que, las labores que adelantaron el día del accidente era de la obra *"Adecuación vía Barrio El Carmelo de San Pedro de Cartago"* Finalmente, expresó que cree que las medidas tomadas y recomendaciones dadas por el Maestro *"Lucho"* no fueron suficientes pues se podía haber evitado el accidente. Comentó que nunca les dieron programas de salud ocupacional, que en la obra no existía Comité Paritario en Salud Ocupacional y que no se encontraban afiliados al Sistema Integral de Seguridad Social.

Por su parte el deponente MANUEL JESÚS NOGUERA, (fls. 148-152) igualmente compañero de trabajo del causante comentó que, el día en que ocurrió el accidente solo estaban en la obra Bayardo, Diego, el maestro Lucho y él testigo, relatando que se disponían a limpiar el barro de la chamba para sentar unos tubos y ocurrió el accidente,

[3] ARENAS, Monsalve Gerardo. "DERECHO COLOMBIANO DE LA SEGURIDAD SOCIAL". Ed.: Legis. Tercera Edición año 2011. Pág. 667

mismo que lo atribuye a la mala calidad de la tubería que había sido instalada cuatro o cinco años atrás. Aseguró que, no tomaron ninguna medida de seguridad y protección al iniciar la excavación de la chamba, precisando que las indicaciones de lo que debían hacer se las dio el *"maestro Pablo"*. Informó que, el día miércoles antes del accidente la obra había sido suspendida debido a las fuertes lluvias y que según el *"maestro Pablo"* el ingeniero le había dicho que suspendiera la obra porque la iban a hacer con retroexcavadora. Adujo que, el día del accidente sábado en la mañana, cuando llegaron estaba lloviendo, entonces el "maestro Lucho" les preguntó si querían trabajar ahí o en el adoquín de *"más arriba"*, advirtiendo que los trabajadores tomaron la decisión de arreglar el tramo para poner unos tubos. Manifestó que, ese día el *"maestro Lucho"* les ayudó a templar un hilo para el nivel del piso y donde había barro limpiarlo, destacando que no recibieron más órdenes o recomendaciones, asegurando que "*el maestro Lucho"* no les recomendó entibar el piso y tampoco le dijo nada de *"apuntalar"*. Relató que tanto *"el maestro"* como los trabajadores inspeccionaron la chamba, cerciorándose que no tuviera aperturas en la parte de arriba o en el piso, comentando que 5 minutos antes Bayardo y él salieron a inspeccionar, posteriormente ingresaron a la chamba, tomaron la palendra y ahí cayó el derrumbo. Afirmó que, dentro de la chamba no habían escaleras de evacuación, desconoce que es el Comité Paritario de Salud Ocupacional, ni tampoco quién era el vigía o inspector de la obra pues no se les dijo nada al respecto. (fls. 148-152)

En diligencia de interrogatorio de parte cumplida con el demandado Albeiro Gerardo Burbano Tajumbina, aceptó ser el contratista de la obra *"Adecuación Vía Barrio El Carmelo en San Pedro de Cartago, Nariño",* advirtiendo que los trabajadores de esa obra no estaban afiliados a seguridad social, y que tampoco se conformó el Comité Paritario de Salud Ocupacional. (fls. 163-166)

Conforme al material probatorio anteriormente relacionado, concluye la Sala que DIEGO FERNANDO CHÁVEZ en horas de la mañana del 22 de noviembre de 2003, se encontraba en desarrollo de sus labores de trabajo y en obedecimiento de una orden impartida por los maestros de la obra entre ellos Pedro Pablo Toro Aza, el causante se encontraba realizando actividades de excavación para ampliación de alcantarillado sobre la carrera 3 del perímetro urbano de San Pedro de Cartago, labores en las que al romperse una tubería provocó el derrumbe de la chamba quedando sepultado, estando demostrado sin hesitación alguna, de acuerdo el dicho de los testigos antes referidos que en el sitio donde ocurrió el accidente se omitió cumplir con las medidas de seguridad necesarias para ejecutar las mencionadas labores, por lo tanto es dable afirmar que el accidente sufrido por el causante se dio en el cumplimiento de su trabajo, configurándose este suceso en un accidente de trabajo que encaja dentro lo previsto por el artículo 9 del Decreto 1295 de 1994.

2.2.5 CULPA PATRONAL.

Una vez determinado el daño, así como que éste provino de un accidente de trabajo, es menester entrar a estudiar la concurrencia de la culpa suficiente del patrono, para lo cual resulta necesario reiterar, que de conformidad con el artículo 56 del C. S. del T. *"incumben al empleador obligaciones de protección y seguridad para con los trabajadores",* obligación de carácter general que se establece igualmente en el artículo 57 numeral 2º ídem, al regular como obligaciones especiales del empleador el *"Procurar a los trabajadores locales apropiados y elementos adecuados de protección contra los accidentes y enfermedades profesionales en forma que se garanticen razonablemente la seguridad y la salud."*, y que de conformidad con el criterio vertido por nuestra superioridad sentencia de 30 de junio de 2005 Radicación 22.656, *"la prueba del mero incumplimiento en la 'diligencia o cuidado ordinario o mediano' que debe desplegar el empleador en la administración de sus negocios, para estos casos, en la observancia de los deberes de protección y seguridad que debe a sus trabajadores, es prueba suficiente de su culpa en el infortunio laboral"*.

Al respecto conviene anotar que cuando se persigue el pago de la indemnización plena y ordinaria de perjuicios, le corresponde al demandante demostrar que el empleador incurrió en culpa en la ocurrencia del accidente de trabajo para que éste asuma la totalidad de los perjuicios que produjo este hecho, según lo dispone el artículo 216 del C. S. del T., que establece:

> *"Culpa del empleador. Cuando exista culpa suficientemente comprobada del empleador en la ocurrencia del accidente de trabajo o de la enfermedad profesional, está obligado a la indemnización total y ordinaria por perjuicios pero del monto de ella debe descontarse el valor de las prestaciones en dinero pagadas en razón de las normas consagradas en este capítulo."*

Ahora bien, el artículo 63 del Código Civil clasifica la culpa en tres clases:

> *"CULPA Y DOLO. La ley distingue tres especies de culpa o descuido.*
>
> *"Culpa grave, negligencia grave, culpa lata, es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa en materias civiles equivale al dolo.*
>
> *"Culpa leve, descuido leve, descuido ligero, es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. Culpa o descuido, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve. Esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano.*
>
> *"El que debe administrar un negocio como un buen padre de familia, es responsable de esta especie de culpa.*
>
> *"Culpa o descuido levísimo es la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes. Esta especie de culpa se opone a la suma diligencia o cuidado.*
>
> *"El dolo consiste en la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro."*

Doctrinaria y jurisprudencialmente se tiene definido que la culpa por la cual responde el empleador en estos casos es por la *"CULPA LEVE"*, por cuanto el empleador ésta obligado a dar protección y seguridad a sus trabajadores, además porque se trata de una responsabilidad civil derivada de un contrato conmutativo, es decir, que se hace para el beneficio recíproco de las partes (Art. 1604 del C.C.)

La Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Laboral explicó en los siguientes términos su criterio sobre la noción de culpa patronal, en la sentencia de 30 de junio de 2005, Radicación 22656:

> *"Ahora bien, la viabilidad de la pretensión indemnizatoria ordinaria y total de perjuicios, como atrás se dijo, exige el acreditarse no solo la ocurrencia del siniestro o daño por causa del accidente de trabajo o enfermedad profesional, sino también, la concurrencia en esta clase de infortunio de 'culpa suficiente comprobada' del empleador."*
>
> *"Esa 'culpa suficiente comprobada' del empleador o, dicho en otros términos, prueba suficiente de la culpa del empleador, corresponde asumirla al trabajador demandante, en acatamiento de la regla general de la carga de la prueba de que trata el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil. Es decir, a éste compete 'probar el supuesto de hecho' de la 'culpa', causa de la responsabilidad ordinaria y plena de perjuicios laboral, la cual, por ser de naturaleza contractual conmutativa es llamada por la ley 'culpa leve' que se predica de quien, como buen padre de familia, debe emplear 'diligencia o cuidado ordinario o mediano' en la administración de sus negocios."*
>
> *"De suerte que, la prueba del mero incumplimiento en la 'diligencia o cuidado ordinario o mediano' que debe desplegar el empleador en la administración de sus negocios, para estos casos, en la observancia de los deberes de protección y seguridad que debe a sus trabajadores, es prueba suficiente de su culpa en el infortunio laboral y, por ende, de la responsabilidad de que aquí se habla, en consecuencia, de la obligación de indemnizar total y ordinariamente los perjuicios irrogados al trabajador."*
>
> *"La abstención en el cumplimiento de la 'diligencia y cuidado' debidos en la administración de los negocios propios, en este caso, las relaciones subordinadas de trabajo, constituye la conducta culposa que exige el artículo 216 del Código Sustantivo del Trabajo para infligir al empleador responsable la indemnización ordinaria y total de perjuicios."*
>
> *"No puede olvidarse, además, que 'la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo', tal y como lo pregona el artículo 1604 del Código Civil, por tanto, amén de los demás*

supuestos, probada en concreto la omisión del empleador en el cumplimiento de sus deberes de protección y seguridad, en otras palabras, de diligencia y cuidado, se prueba la obligación de indemnizar al trabajador los perjuicios causados y, por consiguiente, si el empleador pretende cesar en su responsabilidad debe asumir la carga de probar la causa de la extinción de aquélla, tal y como de manera genérica lo dice el artículo 1757 del Código Civil."

Por lo tanto, en primer lugar, es al empleador a quien incumbe la carga de probar su diligencia y cuidado tendientes a enervar la posibilidad de los infortunios que puedan afectar la integridad del trabajador en la ejecución del contrato de trabajo, conductas que se traducen en el cabal cumplimiento de los deberes de seguridad y protección que legalmente le competen; y en segundo término, si los hechos extraños al trabajo (culpa de la víctima) y riesgos genéricos a los que pueda verse expuesto el trabajador (caso fortuito o fuerza mayor), lo relevan de esos deberes, o le atenúan o eximen en su responsabilidad contractual.

Como ya se manifestó, se tiene probado en el sub judice que el empleador incumplió con sus obligaciones de protección y seguridad para con sus dependientes laborales, pues nótese que al causante DIEGO FERNANCO CHÁVEZ, junto con sus compañeros de trabajo se les encomendó abrir una zanja para realizar la instalación de una tubería de alcantarillado cuyas dimensiones según las declaraciones de los testigos antes referidos eran de aproximadamente 50 metros de longitud por 60 centímetros de ancho y una profundidad de 1.80 metros, labores que se realizaron sin disponer de sistemas de contención de tierras ni entibaciones de protección, pues téngase en cuenta que las entibaciones son elementos auxiliares, cuya finalidad es evitar el desmoronamiento del terreno y ejecutar los trabajos de excavación para profundidades, pues en el caso bajo estudio es evidente que el empleador en este caso el ingeniero demandado ALBEIRO GERARDO BURBANO TAJUMBINA, no realizó si quiera una previa identificación de los peligros y riesgos antes y durante el desarrollo del trabajo de acuerdo a las condiciones del suelo, clima, entre otras variables, pues debe resaltar la Sala que el día en que ocurrió el accidente tal y como lo relataron los testigos se encontraba lloviendo situación que amenazaba la estabilidad de la excavación por ende como medida preventiva se debió haber suspendido el trabajo y abandonar la excavación de manera inmediata.

Además de lo anterior quedó acreditado que el fallecido DIEGO FERNANDO CHÁVEZ, no contaba si quiera con los elementos de protección individual necesarios y tampoco se le brindó capacitaciones acerca de la labor de excavación, incluyendo, como mínimo la identificación de peligro, medidas de seguridad en la excavación, en otros riesgos asociados como alturas, espacios confinados, eléctrico, entre otros, ni mucho menos se le instruyó en procedimientos de rescate, primeros auxilios y respuesta de emergencia.

En conclusión se omitieron todos los protocolos que garantizan la seguridad de los empleados ante una actividad que ha sido protegida también con el Convenio 167 de la OIT, incorporado por la Ley 52 de 1993, que regula la necesidad de que en las obras de estas características, se tomen una serie de medidas como *"apuntalamientos apropiados recurriendo a otros medios para evitar a los trabajadores el riesgo de desmoronamiento o desprendimiento de tierras, rocas u otros materiales para prevenir caídas de personas, materiales u objetos o de irrupción de agua en la excavación, pozo, terraplén, obra subterránea o túnel, para asegurar la ventilación suficiente en todos los lugares de trabajo a fin de mantener una atmosfera apta para la respiración y de mantener lejos los gases, los vapores, el polvo u otras impurezas a niveles que no sean peligrosos o nocivos para la salud y sean conformes a los límites fijados por la legislación nacional ..."*, disposiciones que, según las pruebas atrás referidas no se acataron y que dan cuenta que el demandando Albeiro Gerardo Burbano Tajumbina no actuó con la diligencia debida y por lo cual es claro que incurrió en la culpa necesaria para causar la indemnización plena de perjuicios que se reclama, por lo que será confirmada la decisión del Juez *A Quo* al respecto.

2.2.6 ESTIMACIÓN DE LAS PRETENSIONES.

Probada entonces la responsabilidad del empleador, pasa la Sala a determinar la procedencia de las pretensiones a las cuales accedió el Juez *A Quo*, que en síntesis son la indemnización plena de perjuicios a título de lucro cesante consolidado para la demandante MARÍA ALEIDA CÓRDOBA CUELTAN y sus hijos SEBASTIÁN MAURICIO CHÁVEZ CÓRDOBA y ANDRÉS FERNANDO CHÁVEZ CÓRDOBA, lucro cesante futuro para la demandante MARÍA ALEIDA CÓRDOBA CUELTAN y perjuicios morales para todos los anteriores incluida la madre del causante CONCEPCIÓN CHÁVEZ DE POPAYAN, para lo cual se tendrá como salario base para liquidar dichos pedimentos, el salario mínimo legal mensual vigente para el año 2003.

En concordancia con lo anterior, la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia del 30 de julio de 2005, radicación 22.656, enseñó:

> *"En cuanto tiene que ver con el 'lucro cesante', habrá de distinguirse el "pasado", esto es, el causado a partir de la terminación del vínculo laboral del actor y hasta la fecha del fallo, pues, durante el término anterior, esto es, de la fecha del accidente –10 de octubre de 1996-- a la de desvinculación laboral –7 de mayo de 1998--, se impone entender, por no existir en el recurso extraordinario reclamación al respecto, que la empleadora cumplió sus obligaciones laborales con el trabajador y, por ende, no se generó esa clase de perjuicio, del 'lucro cesante futuro', es decir, el que a partir de la fecha de la providencia se genera hasta el cumplimiento de la expectativa probable de vida del trabajador, y para su cálculo se seguirá el criterio adoptado por la Sala en sentencia reciente de 22 de junio de 2005 (Radicación 23.643), en la que se dijo que se acogerían las fórmulas, adoptadas también por la Sala de Casación Civil de la Corte para calcular estos conceptos indemnizatorios en diversas sentencias, entre ellas, las de 7 de octubre de 1999 (exp. 5002), 4 de septiembre de 2000 (exp. 5260), 26 de febrero de 2004 (exp. 7069) y más recientemente de 5 de octubre de 2004 (exp. 6975), en las cuales se calcula,* ***el primer concepto, multiplicando el monto del salario promedio devengado para la fecha de retiro, actualizado hasta la fecha de la sentencia, por el factor de acumulación de montos que incluye el factor correspondiente por ese período al 0.5% mensual (6% anual) por interés lucrativo; y el segundo concepto, partiendo del monto del lucro cesante mensual actualizado, para luego calcular la duración del perjuicio --atendida la expectativa probable de vida del perjudicado, y reducida aritméticamente a un número entero de meses desde la fecha de la sentencia--****, para concluir en el valor actual del lucro cesante futuro, previa deducción del valor del interés civil por haberse anticipado ese capital…"*

Conforme con la jurisprudencia citada, esta Sala de Decisión procede a liquidar el lucro cesante a favor de MARÍA ALEIDA CÓRDOBA CUELTAN cónyuge del causante, condición que se acredita con el registro civil de matrimonio celebrado el 7 de octubre de 1999 (fl 12), así como también en favor de sus hijos ANDRÉS FERNANDO CHÁVEZ CÓRDOBA y SEBASTIÁN CHÁVEZ CÓRDOBA, parentesco que se acredita con los registros civiles de nacimiento visibles a folios 13 y 14 en los que da cuenta que el primero de los referidos nació el 24 de diciembre de 1991 y el segundo el 10 de marzo de 1995.

Conviene precisar que cuando se solicita la indemnización del daño, en su modalidad de lucro cesante, proveniente del fallecimiento de una persona, la misma emerge, en principio, de la dependencia económica del peticionario con la víctima, circunstancia que a aquél le incumbe acreditar; pero igualmente, es viable su reconocimiento a quienes, a pesar de contar con ingresos propios, percibían de ella asistencia económica habitual, y en tal evento, igualmente al respectivo beneficiario le incumbe demostrar esa condición.

Es más, la aludida dependencia económica ha sido interpretada por la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil en sentencia SC 28 feb. 2013, Rad. 2002-01011-01, entre otras, como la contribución proporcionada por el extinto, a su pareja, para el sostenimiento del hogar y, especialmente de sus hijos comunes, la cual ésta dejó de obtener, por obra de la muerte de dicho aportante, quedando el sobreviviente abocado a asumir en su integridad, la satisfacción de las necesidades del núcleo familiar, repercutiendo en un detrimento de la capacidad económica para atender sus necesidades particulares e inclusive, afectando sus proyectos financieros.

En esta hipótesis, a la pareja supérstite le corresponde acreditar además, el vínculo conyugal o la condición de compañero permanente y la realización de los aportes por parte del fallecido, para el sostenimiento del hogar común.

En este asunto, debe resaltar la Sala que si bien las testigos Rubiela Ascensión Córdoba (Folios 140 a 142) y Rosa María Erazo Córdoba (Folios 160 a 161) manifestaron que la esposa del causante se desempeñaba como docente en el Colegio San Pedro de Cartago, con base en lo anterior y si la *"dependencia"* alude a la *"situación de una persona que no puede valerse por sí misma"* [4], la remuneración percibida por aquella, en estricto sentido, descartaría la aludida sumisión económica.

[4] Diccionario de la Lengua Española.

No obstante lo anterior, la aludida condición ha de considerarse como la asistencia pecuniaria asumida, por el desaparecido, lo cual como lo dijeron las testigos antes mencionadas el causante vivía con su esposa e hijos, era un padre responsable y que todo lo que aquel *"trabajaba"* era para el sustento de la casa y de sus hijos, pues ambas coincidieron en afirmar que ANDRÉS FERNANDO CHÁVEZ CÓRDOBA vive en Cali con su abuela paterna por problemas de salud y que tanto el causante como su esposa trabajaban para pagar los tratamientos de su hijo.

Por tanto, también se le reconocerá a la señora MARÍA ALEIDA CÓRDOBA CUELTAN, la indemnización por lucro cesante, junto con sus hijos respecto de quienes contrario a lo afirmado por el apoderado del demandado ALBEIRO GERARDO BURBANO TAJUMBINA, se encuentra probado de manera fehaciente su dependencia económica, al ser menores de edad para la fecha en que ocurrió el siniestro.

2.2.7 LUCRO CESANTE CONSOLIDADO Y FUTURO

Para lo anterior, se tomará como cálculo actualizado del monto resarcible, en virtud al artículo 145 del C. S. del T., el salario mínimo mensual legal vigente para la fecha del accidente laboral sufrido por el causante el 22 de noviembre de 2003 esto es la suma de $332.000oo, valor que conforme con la jurisprudencia citada con antelación, debe ser actualizado al 16 de marzo de 2018, fecha de la sentencia de primera instancia, lo que arrojaría un total de $781.242.oo

La Sala, para efectos de liquidar el Lucro Cesante Consolidado aplicará los criterios de liquidación señalados en la jurisprudencia vigente, específicamente los indicados por el Consejo de Estado en la sentencia SU CE-SUJ-3-001 de 2015 del 22 de abril de 2015[5] junto con su acrecimiento que opera a favor de la cónyuge supérstite a partir de cuándo los hijos menores de edad cumplan 18 años y a futuro durante la vida probable, aclarando que el lucro cesante consolidado para los hijos del causante ANDRÉS CHÁVEZ y SEBASTÍAN CHÁVEZ se liquidará únicamente hasta que cumplieron 18 años es decir hasta el 24 de diciembre de 2009 para el primero y 10 de marzo de 2013 para el segundo, pues así lo liquidó el Juez *A Quo*, situación que no fue objeto de reproche por la parte actora.

---

[5] *"(…) Aplicando los criterios de liquidación del lucro cesante señalados en la jurisprudencia vigente, se procede con el acrecimiento, como sigue: 1) Se establece la renta mensual del fallecido, destinada a la ayuda económica del grupo familiar, a partir de los ingresos mensuales devengados por aquel al momento del deceso. Los salarios no integrales se incrementan en un 25%, por concepto de prestaciones sociales. Del ingreso mensual obtenido se deduce el 25% correspondiente a los gastos personales del trabajador. El valor así calculado se actualiza con el Índice de Precios al Consumidor. El resultado final es la renta actualizada (Ra).*
2) Se determina el tiempo máximo durante el cual se habría prolongado la ayuda económica al grupo familiar (Tmax). Al efecto se toma el menor valor, en meses, resultante de comparar el periodo correspondiente al miembro del grupo familiar que hubiere recibido la ayuda durante más largo tiempo, teniendo en cuenta la edad de 25 años, en la que se presume la independencia económica de los hijos no discapacitados y la expectativa de vida en los demás casos, con el periodo correspondiente a la expectativa de vida del fallecido. Asimismo, se halla el tiempo consolidado o transcurrido desde la ocurrencia de los hechos hasta la fecha la sentencia (
4) Luego, se distribuye entre los actores beneficiarios la renta dejada de percibir por el fallecido durante el tiempo consolidado (Rc) y el tiempo futuro (Rf), teniendo en cuenta i) el periodo durante el que cada uno de ellos la habría percibido; ii) que de existir cónyuge o compañero(a) supérstite e hijos, se asigna el 50% del lucro cesante para el primero, la otra mitad a los hijos por partes iguales y, siendo único beneficiario, al cónyuge o compañero(a) supérstite se le asigna el 50% de la renta dejada de percibir por el trabajador y iii) que la porción dejada de percibir por uno de los beneficiarios acrecerá, por partes iguales, las de los demás.
Al efecto, se halla el valor de la renta a distribuir (Vd) como lucro cesante entre los beneficiarios, en cada uno de los periodos en los que debe hacerse el acrecimiento, dividiendo el valor de la renta dejada de percibir (Rc) o (Rf)- por el tiempo consolidado o futuro -(Tcons) o (Tfut)-, según corresponda y multiplicando el resultado por el número de meses del periodo en el que se va a distribuir (Pd). En los cálculos se utilizarán cifras con dos decimales, salvo en el caso del interés legal señalado.
Así, por ejemplo, siendo beneficiarios de la ayuda económica el cónyuge supérstite o compañero(a) permanente y tres hijos menores de 25 años, i) se hace una primera asignación de la renta entre los cuatro beneficiarios, distribuyendo el valor correspondiente al número de meses que le faltan al primer hijo para cumplir los 25 años edad (Pd1), en las proporciones señaladas; ii) en el segundo periodo (Pd2) se distribuye el valor de la renta correspondiente a los meses que le faltan al segundo hijo para alcanzar la independencia económica, asignando al cónyuge o compañero(a) permanente supérstite el 50% del valor a distribuir más la tercera parte de la porción que le habría correspondido al primer hijo que cumplió los 25 años edad, y a cada uno de los dos hijos restantes, la tercera parte del valor a distribuir más la tercera parte de la porción del acrecimiento; iii) en el tercer periodo (Pd3) se distribuye el valor de la renta correspondiente a los meses que le faltan al tercer hijo para alcanzar la edad de 25 años, asignando al cónyuge o compañero(a) permanente supérstite el 50% del valor a distribuir más la mitad de la porción que le habría correspondido al segundo hijo que cumplió la edad de autonomía económica, y al hijo restante, la otra mitad del valor a distribuir más la mitad de la porción del acrecimiento y iv) en el cuarto periodo (Pd4) se asigna al cónyuge o compañero(a) permanente supérstite el 50% de la renta pendiente por distribuir, comoquiera que la otra mitad corresponde al incremento en las reservas para las necesidades del trabajador.

A) LUCRO CESANTE CONSOLIDADO Y FUTURO PARA LA CONYUGE MARÍA ALEIDA CÓRDOBA CUELTAN

Precisa esta Judicatura que el lucro cesante consolidado se liquidará, por el período comprendido entre la fecha de la muerte del causante – 22 de noviembre de 2003 – y la data de la sentencia de primera instancia, 16 de marzo de 2018 resultando un total de 171.8 meses, teniendo en cuenta el porcentaje con acrecimiento conforme sus hijos cumplan la mayoría de edad, como se explica a continuación:

LUCRO CESANTE PASADO O CONSOLIDADO MARÍA ALEIDA CÓRDOBA CUELTAN.

DESDE 22-11-2003 FECHA DE ACCICENTE HASTA EL 24-12-2009 MAYORIA EDAD ANDRÉS CHÁVEZ

FORMULA VA = $\frac{LCM(1+i)^{n-1}}{i}$

VA:	Corresponde al valor actual incluidos intereses del 0,5% civil mensual		
LCM:	Lucro Cesante Mensual actualizado		
	Salario a la fecha accidente:	$	332.000,00
	Salario actual:	$	781.242,00
	Mas 25% prestaciones sociales	$	976.552,50
	Menos 25% gastos personales	$	732.414,38
	Porcentaje esposa 50% Lucro cesante mes	$	366.207,00
i:	Tasa de interés mensual (6% anual)		0,005
n:	Periodo a indemnizar		
	Desde: 22/11/2003		
	Hasta: 24/12/2009		
	periodo en meses		73,1
	LUCRO CESANTE PASADO	**$**	**32.220.538,92**

DESDE 25-12-2009 MAYORIA DE EDAD ANDRÉS CHÁVEZ HASTA EL 10-3-2013 MAYORIA EDAD SEBASTIÁN CHÁVEZ

FORMULA VA = $\frac{LCM(1+i)^{n-1}}{i}$

VA:	Corresponde al valor actual incluidos intereses del 0,005 civil mensual		
LCM:	Lucro Cesante Mensual actualizado		
	Salario a la fecha accidente:	$	332.000,00
	Salario actual:	$	781.242,00
	Mas 25% prestaciones sociales	$	976.552,50
	Menos 25% gastos personales	$	732.414,38
	Porcentaje esposa 50% Lucro cesante mes	$	366.207,00
	Valor a acrecentar mayoría de edad de Andrés Chávez	$	91.551,75
	Lucro Cesante Mensual con acrecimiento	$	457.758,75
i:	Tasa de interes mensual (6% anual)		0,005
n:	Periodo a indemnizar		
	Desde		25/12/2009
	Hasta		10/03/2013
	periodo en meses		38,53
	LUCRO CESANTE PASADO	**$**	**19.397.663,21**

DESDE 11-03-2013- MAYORIA DE EDAD SEBASTIÁN CHÁVEZ - HASTA EL 16-03-2018 FECHA DE SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

FORMULA **VA** **=** $\frac{\text{LCM}(1+i)^{n-1}}{i}$

VA:	Corresponde al valor actual incluidos intereses del 0,005 civil mensual	
LCM:	Lucro Cesante Mensual actualizado	
	Salario a la fecha accidente:	$ 332.000,00
	Salario actual:	$ 781.242,00
	Mas 25% prestaciones sociales	$ 976.552,50
	Menos 25% gastos personales	$ 732.414,38
	Porcentaje esposa 50% Lucro cesante mes	$ 366.207,00
	Valor a acrecentar mayoría de edad de Andrés Chávez	$ 91.551,75
	Valor a acrecentar mayoría de edad de Sebastián Chávez	$ 274.655,25
	Lucro Cesante Mensual actualizado	$ 732.414,00
i:	Tasa de interés mensual (6% anual)	0,005
n:	Periodo a indemnizar	
	Desde	11/03/2013
	Hasta	16/03/2018
	periodo en meses	60,2
	LUCRO CESANTE PASADO	**$ 51.297.736,49**
	TOTAL LUCRO CESANTE SRA. MARÍA ALEIDA CÓRDOBA	**$ 102.915.938,62**

LUCRO CESANTE FUTURO DE LA CONYUGE SUPERSTITE MARÍA ALEIDA CÓRDOBA CUELTAN

Como lucro cesante futuro el que resulta a partir del 16 de marzo de 2018 (fecha de la sentencia de primera instancia) y hasta la fecha de la vida probable del causante, que para el presente evento es hasta cuando aquel hubiere cumplido la edad de 78 años como quiera que para el momento en que ocurrió el accidente (22/11/2003) tenía 34 años 4 meses y 4 días ya que su fecha de nacimiento lo fue el 19 de julio de 1969 (fl 10) por ende contaba con una expectativa de vida según la tabla de mortalidad expedida por el DANE para los años 200- 2005 de 44.57 años más, expectativa que es menor a la de su cónyuge quien para la fecha del accidente tenía 33 años y una expectativa de vida de 49.20 años esto es de 82, por lo tanto se tomará como referencia la expectativa de vida del causante, la que a la fecha del accidente su vida probable definida era de 534.84 meses los cuales descontados los 171.8 indemnizados por lucro cesante consolidado restarían por indemnizar 361.04, obteniéndose por concepto de lucro cesante futuro la suma de **$ 122.526.509,39** el que se calcula de la siguiente manera.

FORMULA **VA** **=** $\frac{\text{LCM}(1+i)^{n-1}}{i(1+i)^{n}}$

VA:	Corresponde al valor actual del Lucro Cesante Futuro	
LCM:	Lucro Cesante Mensual actualizado	
	Salario a la fecha accidente:	$ 332.000,00
	Salario actual:	$ 781.242,00
	Mas 25% prestaciones sociales	$ 976.552,50
	Menos 25% gastos personales	$ 732.414,00
i:	Tasa de interés mensual (6% anual)	0,005
n:	Fecha de nacimiento del causante	19/07/1969
	fecha actual sentencia primera instancia.	16/03/2018

Expectativa de vida del causante al momento del accidente en años	44,57
Expectativa de vida del causante al momento del accidente en meses	534,84
Menos los 171,8 de LCC	363,04
LUCRO CESANTE FUTURO	**$122.526.509,39**
TOTAL LUCRO CESANTE CONSOLIDADO Y FUTURO MARÍA ALEIDA CÓRDOBA CUELTAN	**$225.442.448,01**

En conclusión por concepto de **LUCRO CESANTE CONSOLIDADO y FUTURO** en favor de la cónyuge del causante se obtiene la suma de $225.442.448.01 monto que es superior al que fijó la primera instancia en $131.318.283.06, valor que al surtirse la consulta en favor del Municipio de San Pedro de Cartago se mantendrá incólume.

B) LUCRO CESANTE CONSOLIDADO DE ANDRÉS FERNANDO CHÁVEZ CÓRDOBA

Precisa esta Judicatura que el lucro cesante consolidado se liquidará, por el período comprendido entre la fecha de la muerte del causante – 22 de noviembre de 2003 – y la data en que ANDRÉS FERNANDO CHÁVEZ CÓRDOBA cumplió la mayoría de edad esto es hasta el 24 de diciembre de 2009, resultando un total de 73.1 meses, como se explica a continuación:

LUCRO CESANTE PASADO O CONSOLIDADO

DESDE 22-11-2003 HASTA EL 24-12-2009 MAYORIA EDAD ANDRÉS CHÁVEZ

FORMULA VA = $\frac{LCM(1+i)^{n-1}}{i}$

VA:	Corresponde al valor actual incluidos intereses del 0,5% civil mensual	
LCM:	Lucro Cesante Mensual actualizado	
	Salario a la fecha accidente:	$ 332.000,00
	Salario actual:	$ 781.242,00
	Mas 25% prestaciones sociales	$ 976.552,50
	Menos 25% gastos personales	$ 732.414,38
LCM:	Porcentaje hijo 25% Lucro cesante mes	$ 183.103,50
i:	Tasa de interés mensual (6% anual)	0,005
n:	Periodo a indemnizar	
	Desde:	22/11/2003
	Hasta:	24/12/2009
	periodo en meses	73,1
	TOTAL LUCRO CESANTE PASADO	**$ 16.110.269,46**

En conclusión por concepto de LUCRO CESANTE CONSOLIDADO en favor de **ANDRÉS FERNANDO CHÁVEZ CÓRDOBA** la suma de $16.110.269.46 monto que es superior al que fijó la primera instancia en $13.871.393.60, valor que al surtirse la consulta en favor del Municipio de San Pedro de Cartago se mantendrá incólume.

C) LUCRO CESANTE CONSOLIDADO DE SEBASTIÁN MAURICIO CHÁVEZ CÓRDOBA

Precisa esta Judicatura que el lucro cesante consolidado se liquidará, por el período comprendido entre la fecha de la muerte del causante – 22 de noviembre de 2003 – y la data en que SEBASTIÁN MAURICIO CHÁVEZ CÓRDOBA cumplió la mayoría de edad esto es hasta el 10 de marzo de 2013, resultando un total de 111.63 meses, teniendo

en cuenta el porcentaje con acrecimiento como se explica a continuación:

DESDE 22-11-2003 FECHA DE ACCIDENTE HASTA EL 24-12-2009 MAYORIA EDAD ANDRÉS CHÁVEZ

FORMULA VA = $\frac{LCM(1+i)^{n-1}}{i}$

VA:	Corresponde al valor actual incluidos intereses del 0,5% civil mensual	
LCM:	Lucro Cesante Mensual actualizado	
	Salario a la fecha accidente:	$ 332.000,00
	Salario actual:	$ 781.242,00
	Mas 25% prestaciones sociales	$ 976.552,50
	Menos 25% gastos personales	$ 732.414,38
	Porcentaje hijo 25% Lucro cesante mes	$ 183.103,50
i:	Tasa de interés mensual (6% anual)	0,005
n:	Periodo a indemnizar	
	Desde:	22/11/2003
	Hasta:	24/12/2009
	periodo en meses	73,1
	LUCRO CESANTE PASADO	**$ 16.110.269,46**

DESDE 25-12-2009 MAYORIA DE EDAD DE ANDRÉS CHÁVEZ HASTA EL 10-3-2013 MAYORIA EDAD SEBASTIÁN CHÁVEZ.

FORMULA VA = $\frac{LCM(1+i)^{n-1}}{i}$

VA:	Corresponde al valor actual incluidos intereses del 0,005 civil mensual	
LCM	Lucro Cesante Mensual actualizado	
	Salario a la fecha accidente:	$ 332.000,00
	Salario actual:	$ 781.242,00
	Mas 25% prestaciones sociales	$ 976.552,50
	Menos 25% gastos personales	$ 732.414,38
	Porcentaje hijo 25% Lucro cesante mes	$ 183.103,50
	Valor a acrecentar mayoría de edad de Andrés Chávez	$ 91.551,75
	Lucro Cesante Mensual con acrecimiento	$ 274.655,25
i:	Tasa de interés mensual (6% anual)	0,005
n:	Periodo a indemnizar	
	Desde	25/12/2009
	Hasta	10/03/2013
	periodo en meses	38,53
	LUCRO CESANTE PASADO	**$ 11.638.597,93**
	TOTAL SEBASTIÁN CHÁVES	**$ 27.748.867,39**

En conclusión por concepto de LUCRO CESANTE CONSOLIDADO en favor de SEBASTIÁN MAURICIO CHÁVEZ CÓRDOBA se obtiene la suma de $27.748.867.39 monto que es superior al que fijó la primera instancia en $23.342.718 valor que al surtirse la consulta en favor del Municipio de San Pedro de Cartago se mantendrá incólume.

Es de anotar que los hijos del fallecido DIEGO FERNANDO CHÁVEZ, no causan LUCRO CESANTE FUTURO, pues cumplieron la mayoría de edad antes de la fecha de la sentencia de primera instancia esto es 16 de marzo de 2018.

2.2.8 PERJUICIOS MORALES SUBJETIVOS DE LA CONYUGE MARÍA ALEIDA CÓRDOBA CUELTAN Y SUS HIJOS SEBASTÍAN MAURICIO CHÁVEZ CÓRDOBA, ANDRÉS FERNANDO CHÁVES CÓRDOBA Y LA MADRE DEL CUASANTE CONCEPCIÓN CHÁVEZ DE POPAYAN.

Al respecto conviene precisar que el Juez A Quo condenó al demandando ALBEIRO GERARDO BURBANO TANJUNMBINA y solidariamente al MUNICIPIO DE SAN PEDRO DE CARTAGO (N) por concepto de perjuicios morales para cada uno de los demandantes la suma de $10.000.000.

En punto del resarcimiento de esta clase de *"daño"*, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, en sentencia de 9 de julio de 2010, exp. 1999-02191, en lo pertinente expuso:

> *"(…) para la valoración del quantum del daño moral en materia civil, estima apropiada la determinación de su cuantía en el marco fáctico de circunstancias, condiciones de modo, tiempo y lugar de los hechos, situación o posición de la víctima y de los perjudicados, intensidad de la lesión a los sentimientos, dolor, aflicción o pesadumbre y demás factores incidentes conforme al arbitrio judicial ponderado del fallador.*
>
> *"(…)"*
>
> *"Por consiguiente, la Corte itera que la reparación del daño causado y todo el daño causado, cualquiera sea su naturaleza, patrimonial o no patrimonial, es un derecho legítimo de la víctima y en asuntos civiles, la determinación del monto del daño moral como un valor correspondiente a su entidad o magnitud, es cuestión deferida al prudente arbitrio del juzgador según las circunstancias propias del caso concreto y los elementos de convicción.*
>
> "*Al respecto, '[d]entro de cualquier proceso que se surta ante la Administración de Justicia, la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas, atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales' (artículo 16 de la Ley 446 de 1998; cas.civ. sentencias de 3 de septiembre de 1991, 5 de noviembre de 1998 y 1º de abril de 2003), es decir, se consagra el resarcimiento de todos los daños causados, sean patrimoniales, ora extrapatrimoniales, aplicando la equidad que no equivale a arbitrariedad ni permite 'valoraciones manifiestamente exorbitantes o, al contrario inicuas y desproporcionadas en relación con los perjuicios sufridos' (Flavio Peccenini, La liquidazione del danno morale, in Monateri, Bona, Oliva, Peccenini, Tullini, Il danno alla persona, Torino, 2000, Tomo I, 108 ss).*
>
> *"Por lo anterior, consultando la función de nomofilaquia, hermenéutica y unificadora del ordenamiento que caracteriza a la jurisprudencia, la Sala periódicamente ha señalado al efecto unas sumas orientadoras del juzgador, no a título de imposición sino de referentes (cas.civ. sentencia de 28 de febrero de 1990, G.J. No. 2439, pp. 79 ss; así en sentencia sustitutiva de 20 de enero de 2009, exp. 170013103005 1993 00215 01, reconoció por daño moral, cuarenta millones de pesos).*
>
> *"Para concluir, en preservación de la integridad del sujeto de derecho, el resarcimiento del daño moral no es un regalo u obsequio gracioso, tiene por causa el quebranto de intereses protegidos por el ordenamiento, debe repararse in casu con sujeción a los elementos de convicción y las particularidades de la situación litigiosa según el ponderado arbitrio iudicis, 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".*

También ha precisado 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).

Así mismo, en sentencia de julio de 2012, exp. 2002-00101, se sostuvo que bajo parámetros de razonabilidad *"(…) frente al hijo menor, no cabe duda de que la ausencia de su padre, a tan corta edad, tuvo que producirle cierto grado de dolor y aflicción al faltarle el cuidado y amor que, de no haber sido por el prematuro deceso, aquél le habría prodigado (...)"*

De acuerdo con los reseñados lineamientos, dado el incuestionable *"detrimento moral"* sufrido por la cónyuge, hijos y madre del causante sujetos que se ven privados del afecto, compañía, protección, formación, orientación, cuidados y representación tanto familiar, como social de su compañero y progenitor, la Sala encuentra probado el dolor afectivo y en el menoscabo de los sentimientos de los accionantes, derivados de la muerte de DIEGO FERNANDO CHÁVEZ, siendo por tanto procedente la condena por *"daños morales"*, en la cuantía que estimó el Juez *A Quo*, esto es la suma de $10.000.000, para cada uno de los demandantes incluida la madre del causante parentesco que se encuentra acreditado con el registro de nacimiento del folio 10, valor que no fue protestado por la parte actora y se mantendrá incólume.

2.2.9 RESPONSABILIDAD SOLIDARIA DEL MUNICIPIO DE SAN PEDRO DE CARTAGO (N)

Manifestó el apoderado del Municipio demandando que la solidaridad prevista en el artículo 34 del CST no puede extendérsele puesto que afirma las obras de adecuación de vías o alcantarillados son extrañas al Municipio.

Al respecto, el artículo 34 del código sustantivo del trabajo regula las relaciones laborales entre la empresa y los contratistas de la empresa que a su vez contratan trabajadores para desarrollar las actividades contratadas, en el siguiente sentido: *"(...) El beneficiario del trabajo o dueño de la obra, también será solidariamente responsable, en las condiciones fijadas en el inciso anterior, de las obligaciones de los subcontratistas frente a sus trabajadores, aún en el caso de que los contratistas no estén autorizados para contratar los servicios de subcontratistas"*.

La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia 35864 del 1º de marzo de 2011, con ponencia del magistrado Gustavo José Gnecco Mendoza, realizó las siguientes consideraciones que brindan claridad y precisión sobre este tema:

> *"(...) Para la Corte, en síntesis, lo que se busca con la solidaridad laboral del artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo es que la contratación con un contratista independiente para que realice una obra o preste servicios, no se convierta en un mecanismo utilizado por las empresas para evadir el cumplimiento de obligaciones laborales. Por manera que si una actividad directamente vinculada con el objeto económico principal de la empresa se contrata para que la preste un tercero, pero utilizando trabajadores, existirá una responsabilidad solidaria respecto de las obligaciones laborales de esos trabajadores.*
>
> *"Quiere ello decir que si el empresario ha podido adelantar la actividad directamente y utilizando sus propios trabajadores, pero decide hacerlo contratando un tercero para que éste adelante la actividad, empleando trabajadores dependientes por él contratados, el beneficiario o dueño de la obra debe hacerse responsable de los salarios, prestaciones e indemnizaciones a que tienen derecho estos trabajadores, por la vía de la solidaridad laboral, pues, en últimas, resulta beneficiándose del trabajo desarrollado por personas que prestaron sus servicios en una labor que no es extraña a lo que constituye lo primordial de sus actividades empresariales.*
>
> *"Es cierto que la jurisprudencia de la Sala, al interpretar el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo, ha fundado la solidaridad laboral en la relación que exista entre las actividades del contratista independiente y las del beneficiario y dueño de la obra, en cuanto ese artículo preceptúa que: "Pero el beneficiario o dueño de la obra, a menos que se trate de labores extrañas a las actividades normales de su empresa o negocio, será solidariamente responsable…".*
>
> *"Por manera que, como lo dijo en la sentencia en la que se apoyó el Tribunal y ha considerado la Sala que, " …para los fines del artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo, no basta que el ejecutor sea*

> *un contratista independiente, sino que entre el contrato de obra y el de trabajo medie una relación de causalidad, la cual consiste en que la obra o labor pertenezca a las actividades normales o corrientes de quien encargó su ejecución, pues si es ajena a ella, los trabajadores del contratista independiente no tienen contra el beneficiario del trabajo, la acción solidaria que consagra el nombrado texto legal" (Sentencia del 8 de mayo de 1961).*

Pero la referida Alta Corporación, también ha entendido que la labor específicamente desarrollada por el trabajador es un elemento que puede tenerse en cuenta al momento de establecer la solidaridad laboral del artículo 34 del estatuto sustantivo laboral, en la medida en que es dable considerar que si esa actividad no es ajena a la del beneficiario o dueño de la obra y se ha adelantado por razón de un contrato de trabajo celebrado con un contratista independiente, militan razones jurídicas para que ese beneficiario o dueño de la obra se haga responsable de las obligaciones laborales que surgen respecto de ese trabajador, en cuanto se ha beneficiado de un trabajo subordinado que, en realidad, no es ajeno a su actividad económica principal. Así lo explicó en la sentencia del 2 de junio de 2009, radicación 33082:

> *"(...) Con todo, encuentra la Corte, como lo ha explicado en anteriores oportunidades, que de cara al establecimiento de la mencionada solidaridad laboral, en los términos del artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo, lo que debe observarse no es exclusivamente el objeto social del contratista sino, en concreto, que la obra que haya ejecutado o el servicio prestado al beneficiario o dueño de la obra no constituyan labores extrañas a las actividades normales de la empresa o negocio de éste. Y desde luego, en ese análisis cumple un papel primordial la labor individualmente desarrollada por el trabajador, de tal suerte que es obvio concluir que si, bajo la subordinación del contratista independiente, adelantó un trabajo que no es extraño a las actividades normales del beneficiario de la obra, se dará la solidaridad establecida en el artículo citado".*

Aplicando los anteriores razonamientos jurisprudenciales, encuentra la Sala que el Municipio de San Pedro de Cartago (N), es solidariamente responsable respecto de las condenas fulminadas a favor de los demandantes puesto que se encuentra acreditado en el plenario la existencia de un contrato de obra entre el ente territorial y el contratista independiente accionado ALBEIRO GERARDO BURBANO visible a folios 15 y 16 contrato de obra No. 013 del 16 de diciembre de 2002, con el objeto de realizar la obra *"Adecuación vía Barrio El Carmelo de Cartago"*. También obra a folio 17 *"OTRO SI AL CONTRATO DE OBRAS PUBLICAS PARA LA ADECUCUACIÓN VÍA BARRIO EL CARMELO",* de fecha 16 de diciembre de 2002 y se probó la existencia de un contrato de trabajo y que la labor ejecutada por el demandante pertenecen a las actividades normales o corrientes de quien encargó su ejecución, esto es, el MUNICIPIO DE SAN PEDRO DE CARTAGO (N), pues a su cargo se halla el mantenimiento de las vías de dicho municipio, decantándose con ello la relación de causalidad entre el contrato de obra y el de trabajo declarado dentro de este proceso judicial.

Cabe advertir que si bien tanto el demandando ALBEIRO GERARDO BURBANO TAJUMBINA y el MUNICIPIO DE SAN PEDRO DE CARTAGO (N), fundamentaron su apelaciones en que la obra en la que murió el causante *"construcción del alcantarillado combinado y la pavimentación en adoquin vía Barrio el Carmelo de Cartago Nariño",* es diferente a la que desarrolló el demandado ALBEIRO GERARDO BURBANO TAJUMBINA con el MUNICIPIO DE SAN PEDRO DE CARTAGO (N) *"Adecuación vía Barrio El Carmelo de Cartago"*, ello no resulta plausible puesto que es evidente que se trata de la misma obra que fue ejecutada por el municipio demandando, pues si bien el demandado ALBEIRO GERARDO BURBANO, en diligencia de interrogatorio de parte aseguró que no es así, su dicho carece de fundamento, ya que cuando se le preguntó quién estaba a cargo de dicha obra manifestó no recordarlo, situación que a todas luces resultar cuestionable y que para la Sala con base en la prueba recaudada en el plenario diáfanamente se puede concluir que contrario a lo afirmado por los demandados la obra en la que murió el causante es la misma que tenía a cargo el Municipio (Adecuación vía Barrio El Carmelo de Cartago) en la que fungía como contratista el demandando ALBERO GERARDO BURBANO TAJUMBINA, pues nótese además que el Municipio demandado cuando dio contestación a la demanda frente al hecho 4 de la misma manifestó *"No es cierto porque el municipio únicamente contrató con el Ingeniero ALBEIRO GERARDO BURBANO TAJUMBINA y este a su vez subcontrató con el señor PABLO TORO AZA mas no con el señor DIEGO FERNANDO CHÁVEZ",* situación que reafirma que la obra que aparentemente el ingeniero demandando subcontrato con PEDRO PABLO TORO AZA era del municipio, por lo tanto se confirmará la decisión de la primera instancia en lo pertinente.

2.2.10 PÓLIZA COLECTIVA DE SEGUROS CONTRA ACCIDENTES PERSONALES Y RECIBO DE PRIMA – PAGO DE LA INDEMNIZACIÓN POR PARTE DE LA ASEGURADORA.

Manifestó el apoderado del demandado ALBEIRO GERARDO BURBANO TAJUMBINA, que en todo caso la indemnización ya fue cubierta con la póliza que éste tomó y por virtud de la cual le fueron cancelados a la demandante la suma de $35.000.000, por ende afirma que dicha suma debe actualizarse y en ese orden de ideas cualquier condena se encontraría cubierta (fl.s 430-437).

Revisado el expediente en efecto que como se dijo anteriormente el demandado ALBEIRO GERARDO BURBANO TAJUMBINA, suscribió Póliza Colectiva de Seguros Contra Accidentes Personales y Recibo de Prima con la Aseguradora SURAMERICANA, seis días después de que ocurrió el accidente en que perdió la vida el causante, registrando como asegurados entre otros al fallecido DIEGO FERNANDO CHÁVEZ.

Como consecuencia de lo anterior el demandado ALBEIRO GERARDO BURBANO TAJUMBINA suscribió FORMULARIO PARA RECLAMACIÓN PARA SEGUROS DE PERSONAS, (fls. 38-39) siéndole cancelado a la demandante el 12 de mayo de 2004 la suma de $ 17.500.000, esto es el 50% del seguro de vida en calidad de cónyuge por fallecimiento de asegurado DIEGO FERNANDO CHÁVEZ, como consta a folio 40, valor que actualizado a la fecha de la sentencia de primera instancia asciende a $31.152.790, monto que se autorizará a los demandados descontar de las sumas adeudadas a la demandante MARÍA ALEIDA CÓRDOBA CUELTAN, por lo que se adicionará la sentencia en ese sentido.

INDEXACIÓN PAGO PÓLIZA

VALOR A INDEXAR		$ 17.500.000
PERIODO		
Desde	12/05/2004	
Hasta	16/03/2018	
INDEXACIÓN		
Ipc Inicial		79,04433
Ipc Final		140,71151
VALOR INDEXADO		**$ 31.152.790**

2.3 INDEXACIÓN O PAGO DE INTERESES

Resolvió el Juez *A Quo* en el parágrafo del numeral cuarto de la sentencia que sobre la sumas adeudadas a los demandantes *"serán aplicadas el porcentaje del 6% anual al momento de su pago o en su defecto como dijimos debidamente indexadas a la fecha total del pago",* decisión que resulta ser ambigua puesto que como lo ha dicho la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, la indexación y los intereses resultan incompatibles, pues además las sumas reconocidas ya se encuentran indexadas hasta la fecha de la sentencia de primera instancia 16 de marzo de 2018, salvo la indemnización de lucro cesante futuro cuya fórmula contiene la indexación causada durante la vida probable del trabajador fallecido, por lo anterior únicamente resulta procedente ordenar la indexación de las condenas por concepto de lucro cesante pasado o consolidado y perjuicios morales desde la fecha de la sentencia de primera instancia hasta la fecha en que se efectué el pago en ese sentido se modificará la decisión de la primera instancia objeto de apelación y consulta

3 EXCEPCIONES

Se declarará de oficio parcialmente probada la excepción de pago parcial de la obligación con base en las anteriores consideraciones, por lo que se adicionará la sentencia en ese sentido.

4 CONCLUSIÓN

En mérito de lo expuesto es acertado y ajustado a derecho modificar el numeral cuarto de la sentencia proferida por el JUZGADO CIVIL DEL CIRCUITO DE LA UNIÓN (N), que ordenó el pago de intereses e indexación sobre las sumas adeudadas, para en su lugar ordenar la indexación de las condenas antes referidas en la forma como se indicó en lo restante dicho numeral se mantendrá incólume. Se adicionará al fallo un numeral SEPTIMO facultando al demandado ALBEIRO BURBANO TAJUMBINA y al MUNICIPIO DE SAN PEDRO DE CARTAGO (N), para realizar de las sumas adeudadas a la demandante MARÍA ALEIDA CÓRDOBA CUELTAN, el descuento de 17.500.000 que indexados ascienden **$ 31.152.790**, monto cancelado con la póliza referida en la parte considerativa de esta sentencia. De igual forma se adicionará un numeral OCTAVO en el sentido de declarar de oficio parcialmente probada la excepción de pago parcial de la obligación. Se CONFIRMARÁ en todo lo restante la sentencia proferida por el JUZGADO CIVIL DEL CIRCUITO DE LA UNIÓN (N),

5 COSTAS.

En aplicación de lo dispuesto en el artículo 365 del C. G. del P., vigente al momento de interposición del recurso de apelación, se tiene que, dadas las resultas de la alzada, hay lugar a condenar en costas en esta instancia, a cargo de los demandados ALBEIRO GERARDO BURBANO TAJUMBINA, y el MUNICIPIO DE SAN PEDRO DE CARTAGO y favor de los demandantes las que se fijan de conformidad con el Acuerdo No 1887 del 26 de junio de 2003, proferido por el Consejo Superior de la Judicatura cuantía equivalente al 3% de las pretensiones confirmadas. En consecuencia el valor de las Agencias en Derecho se fija en $5.051.388, las que serán canceladas en partes iguales por los demandados ALBEIRO GERARDO BURBANO TAJUMBINA, y el MUNICIPIO DE SAN PEDRO DE CARTAGO.

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. MODIFICAR el numeral **CUARTO** de la parte resolutiva de la sentencia proferida por el JUZGADO CIVIL DEL CIRCUITO DE LA UNIÓN (N), dentro de la audiencia pública llevada a cabo el 16 de marzo de 2018, objeto de apelación de conformidad con los razonamientos jurídicos expuestos en la parte motiva de esta decisión, el cual quedará de la siguiente forma:

> ***"CUARTO.-*** *Condenar al Ingeniero contratista Albeiro Burbano Tajumbina, antes identificado y solidariamente al municipio de San Pedro de Cartago, Nariño, a pagar a favor de los demandantes: María Aleida Córdoba Cueltan, identificada con cedula de ciudadanía Nº 27.297.572 de La Unión, Nariño, y a sus hijos Andrés Fernando Chávez Córdoba y Sebastián Mauricio Chávez Córdoba, a la ejecutoria de este fallo, las sumas de dinero que a continuación se especifican:*
>
> ***a.-*** *Por concepto de perjuicios materiales correspondientes a lucro cesante consolidado y lucro cesante futuro, para la demandante Aleida Córdoba, antes identificada, en la suma de ciento treinta y un millones trecientos dieciocho mil doscientos ochenta y tres pesos con seis centavos moneda legal ($131.318.283,06)*
>
> ***b.-*** *Por concepto de perjuicios morales para la demandante Aleida Córdoba, la suma de diez millones de pesos moneda legal ($10'000.000.oo)*
>
> ***c.-*** *Por concepto de perjuicios materiales correspondiente a lucro cesante consolidado, para el demandante Andrés Fernando Chávez Córdoba, representado en este proceso por su madre, la suma de trece millones ochocientos setenta y un mil trescientos noventa y tres pesos con sesenta centavos ($13'871.393,60)*
>
> ***d.-*** *Por concepto de perjuicios morales para, el demandante Andrés Fernando Chávez Córdoba representado por su madre, la suma de diez millones de pesos moneda legal ($10.000.000.oo)*

e.- *Por concepto de perjuicios materiales correspondiente a lucro cesante consolidado para el demandante Sebastián Mauricio Chávez Córdoba, representado en este proceso por su madre, la suma de veintitrés millones trescientos cuarenta y dos mil setecientos doce pesos moneda legal ($23.342.712.oo)*

f.- *Por concepto de perjuicios morales para, el demandante Sebastián Mauricio Chávez Córdoba, representado por su madre, la suma de diez millones de pesos moneda legal ($10.000.000.oo)*

g.- *Por concepto de perjuicios morales para, Concepción Chávez de Popayán, identificada con cedula de ciudadanía Nº 27.294.433 de La Unión, Nariño, la suma de diez millones de pesos moneda legal ($10.000.000.oo)".*

Ordenar que las condenas impuestas por concepto de LUCRO CESANTE CONSOLIDADO o PASADO a favor de María Aleida Córdoba Cueltan, Andrés Fernando Chávez Córdoba y Sebastián Mauricio Chávez Córdoba, así como las condenas por concepto de perjuicios morales reconocidas a los demandantes antes referidos y a Concepción Chávez de Popayán, sean indexados desde la fecha de la sentencia de primera instancia 16 de marzo de 2018 hasta la fecha en que el pago se haga efectivo, por las explicaciones consignadas en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia de primera instancia proferida por el JUZGADO CIVIL DEL CIRCUITO DE LA UNIÓN (N), en audiencia pública llevada a cabo el 16 de marzo de 2018, con un numeral **SÉPTIMO** y **OCTAVO** que serán del siguiente tenor:

"SEPTIMO: AUTORIZAR *a los demandados ALBEIRO BURBANO TAJUMBINA y al MUNICIPIO DE SAN PEDRO DE CARTAGO (N) para realizar el descuento de las sumas adeudadas a la demandante MARÍA ALEIDA CÓRDOBA CUELTAN, el valor de* ***$ 31.152.790****, conforme se explicó en la parte motiva de la sentencia".*

"OCTAVO: *Declarar parcialmente probada de oficio la excepción de pago parcial, conforme se expuso en la parte considerativa de esta sentencia".*

TERCERO: CONFIRMAR en todo lo restante la sentencia proferida por el JUZGADO CIVIL DEL CIRCUITO DE LA UNIÓN (N), en audiencia pública llevada a cabo el día 16 de marzo de 2018, de conformidad con lo explicado en la parte motiva de esta decisión.

CUARTO: CONDENAR EN COSTAS DE SEGUNDA INTANCIA a cargo de la parte demandada ALBEIRO GERARDO BURBANO TAJUMBINA y el MUNICIPIO DE SAN PEDRO DE CARTAGO (N) y a favor de la parte demandante. En consecuencia, se fijan las agencias en derecho en la suma total de $5.051.388, las que serán canceladas en partes iguales por los demandados ALBEIRO GERARDO BURBANO TAJUMBINA, y el MUNICIPIO DE SAN PEDRO DE CARTAGO (N).

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.

CLAUDIA CECILIA TORO RAMÍREZ
Magistrada.

CLARA INÉS LÓPEZ DÁVILA
Magistrada (con impedimento)

PENSIÓN DE VEJEZ CONFORME EL ACUERDO 049 DE 1990 – Requisitos.
PENSIÓN DE VEJEZ – Para el cómputo de las semanas cotizadas, se debe tener en cuenta los periodos declarados en sentencia judicial.
PENSIÓN DE VEJEZ - El disfrute de esta prestación se encuentra condicionado a la desafiliación al régimen pensional.

Demostrado que la actora es beneficiaria del régimen de transición por edad, por lo cual para definir su situación pensional le resulta aplicable lo establecido en el Acuerdo 049 de 1990 y siendo que conservó dicho régimen hasta el 2014 al haber acreditado que para la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, contaba con más de 750 semanas, en tanto que para efectos de realizar el conteo de estas si era procedente computar los periodos en que prestó servicios al ISS y que fueron declarados mediante sentencia judicial, hay lugar al reconocimiento de la pensión de vejez; sin embargo, al establecerse que la demandante continua efectuando cotizaciones, pues no se ha acreditado su retiro, se liquidará el monto de la pensión, pero su disfrute quedará condicionado a la desafiliación al régimen pensional. Para determinar el monto de la prestación, como al momento en que entró a regir el Sistema General de Pensiones, le faltaban más de 10 años para adquirir el derecho pensional, el IBL se obtendrá con el promedio de lo cotizado en los últimos 10 años, al resultarle más beneficioso.

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE PASTO
SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE:
DR. JUAN CARLOS MUÑOZ

Ordinario Laboral No. 2016-00154-01(363)

REANUDACIÓN DE AUDIENCIA

En San Juan de Pasto, a los (6) día del mes de febrero de dos mil dieciocho (2018), siendo el día y la hora señalados previamente, los Magistrados integrantes de la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, una vez concluido el receso de la audiencia del pasado 2 de febrero de 2018, JUAN CARLOS MUÑOZ, quien actúa como ponente, **CLARA INÉS LÓPEZ DÁVILA** y **CLAUDIA CECILIA TORO RAMÍREZ**, en asocio de la secretaria, se constituyen en **AUDIENCIA PÚBLICA** dentro del proceso **ORDINARIO LABORAL** instaurado por **GLORIA PATRICIA VELÁSQUEZ** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES,** preside el acto el suscrito Magistrado Ponente quien lo declara abierto.

Acto seguido, el suscrito 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

ANTECEDENTES

GLORIA PATRICIA VELÁSQUEZ LÓPEZ, a través de apoderado judicial, instauró proceso Ordinario Laboral de Primera Instancia en contra de **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES,** para que el juzgado de conocimiento en sentencia de mérito que haga tránsito a cosa juzgada material declare que es beneficiaria del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y en consecuencia se le reconozca reconocimiento y pago de una pensión de vejez a partir del **2 de julio de 2013,** junto con los intereses moratorios y las costas procesales.

Fundó pretensiones en que nació el **2 de julio de 1958** y es beneficiaria del régimen de transición por cuanto para la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993 contaba con 35 años de edad y para la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, tenía más de 750 semanas y 1104 semanas al 1 de abril de 2015. Que pese a lo anterior la demandada con varios actos administrativo le ha negado el reconocimiento pensional

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA Y TRAMITE DE PRIMERA INSTANCIA.

Correspondió el conocimiento del proceso al Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pasto, el que admitió la demanda mediante auto del **24 de mayo de 2016** (fl. 87), en el que se ordenó la notificación y traslado a la demandada, actuaciones que se surtieron en legal forma.

Trabada la litis, la demandada por intermedio de apoderado contestó la demanda (fls 94 a 98), oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones, afirmó que la demandante cuenta con 1070 semanas cotizadas y no es beneficiaria de régimen de transición, pues para el 29 de julio de 2005 no contaba con 750 semanas. En su defensa propuso como excepciones las de *"PRESCRIPCIÓN", "COBRO DE LO NO DEBIDO E INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN", IMPOSIBILIDAD DE CONDENA EN COSTAS", "IMPOSIBILIDAD DE CONDENA AL PAGO DE INTERESES MORATORIOS",* y "*SOLICITUD DE RECONOCIMIENTO OFICIOSO DE EXCEPCIONES"*.

El Juzgado de Primer Grado el **10 de marzo de 2017** llevó a cabo la audiencia obligatoria dispuesta en el artículo 77 del C. P. del T. y de la S. S., (CD N°1), acto procesal en el que se declaró como fracasada la etapa de conciliación, al no existir animo en la parte demandada. Difirió el estudio de la excepción previa de *"PRESCRIPCIÓN",* para el momento de proferir la sentencia, se decretaron las pruebas pedidas por las partes y se agotaron las restantes etapas de dicho acto público, Además se fijó fecha y hora para la celebración de la audiencia de trámite y juzgamiento.

El **15 de junio de 2017**, se llevó a cabo la referida audiencia, acto público en el que se recepcionaron las pruebas decretadas y una vez agotado el trámite propio del procedimiento ordinario laboral de primera instancia y estando clausurado el debate del mismo, el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pasto, dirimió el asunto con sentencia absolutoria, al encontrar que la demandante no cumplía los requisitos pensionales previstos en el Acuerdo 049 de 1990 y tampoco los consagrados en la Ley 797 de 2003, declarando probada la excepción de mérito denominada *"PETICIÓN ANTES DE TIEMPO"*. (fl. 166)

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión proferida en primera instancia, la parte demandante interpuso recurso de apelación, pues considera que la actora para el **30 de junio de 2003**, contaba con 890,36 semanas cotizadas, y 1317, para el año 2014, conservando el régimen de transición reuniendo así los requisitos para pensionarse de conformidad con el Acuerdo 049 de 1990 o en su defecto conforme lo establece la Ley 100 de 1993 modificada por la Ley 797 de 2003 ya que cuenta con más de 1300 semanas, pues precisó que se deben tener en cuenta los tiempos en que prestó servicios al ISS y que fueron declarados mediante sentencia judicial y los certificados por la Cruz Roja.

TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

RESUMEN DE LOS ALEGATOS PRESENTADOS POR LAS PARTES.

INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO

Surtido el trámite en segunda instancia, al no observar causal de nulidad que invalide lo actuado, la Sala entra a decidir, previas las siguientes:

CONSIDERACIONES

PLANTEAMIENTO DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS

En virtud de los argumentos expuestos en el recurso de alzada, y considerando que el estudio del plenario en

la segunda instancia se limita única y exclusivamente a los puntos de censura enrostrados por los apelantes al proveído impugnado, según lo dispone el artículo 66A del C. P. del T. y de la S. S., adicionado por la Ley 712 de 2001, le corresponde a esta Sala de decisión definir si la demanda tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez prevista en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, o en su defecto si reúne los requisitos previstos para ello según el artículo 9 de la Ley 797 de 2003.

RÉGIMEN APLICABLE AL CASO CONCRETO Y SOLUCIÓN AL PROBLEMA JURÍDICO PLANTEADO.

DERECHO A LA PENSIÓN RECLAMADA POR LA PARTE DEMANDANTE.

Sea lo primero señalar que la actora probó que para el 1º de abril de 1994, fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, contaba con más de 35 años de edad, pues nació el **2 de julio de 1958**, según el documento de identificación (fl.65), situación que la hace en principio beneficiaria del régimen de transición y por ello resulta procedente estudiar su situación pensional según lo establecido en el Acuerdo 049 de 1990.

El referido Acuerdo, consagra como requisitos para acceder a esta prestación 55 años de edad, por tratarse de una mujer y quinientas (500) semanas cotizadas durante los últimos veinte (20) años anteriores al cumplimiento de la edad mínima o mil (1000) en cualquier tiempo.

Ahora, el Acto Legislativo 01 de 2005, limitó la vigencia del régimen de transición hasta el **31 de julio de 2010,** excepto para los afiliados que gozaran del régimen y contabilizaran por lo menos 750 semanas o su equivalente en tiempo a su entrada en vigencia-**29 de julio de 2005**-caso en el cual se mantendría hasta el año 2014.

Luego, como la demandante cumplió 55 años de edad, el **2 de julio 2013**, para extender el régimen de transición hasta el 2014 debía acreditar que para la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, contaba con 750 semanas.

Al respecto, y para efectos de realizar el conteo de semanas respectivo, solicita el recurrente se tenga en cuenta el periodo laborado con el extinto ISS y que el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pasto, con sentencia del 29 de septiembre de 2004, declaró su existencia en el comprendido entre el **20 de noviembre de 1996** al 30 de junio de 2003, (fls. 43-63), sentencia que se encuentra ejecutoriada según certificación del folio 121.

Sobre la procedencia del cómputo de dichos periodos la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL7885 de 2015, radicación No 45985 del 28 de mayo de 2015, indicó:

> *"(…)"*
>
> *"Finalmente, estima pertinente la Sala recordar, que de conformidad con el art. 17 de la L. 100/1993, modificado por el art. 4 de la L. 797/2003, durante la vigencia de la relación laboral, es obligación del empleador afiliar a su trabajador y efectuar las cotizaciones al sistema general de pensiones, y es también el único responsable de realizar el pago de tales aportes -incluido el porcentaje que le corresponde al trabajador-, tal como lo prevé el art. 22 de la L. 100/1993.*
>
> *Ello significa que si el empleador incumple las obligaciones que el Sistema de Seguridad Social le impone, debe soportar no sólo el pago de tales aportes, también las demás sanciones a que haya lugar, tal como lo precisa el art. 23 ibídem.*
>
> *Lo anterior, también aplica a los eventos en los cuales el Juez declara la existencia de un contrato de trabajo, pues esa decisión judicial -salvo que el trabajador hubiese demandado algo diferente, por ejemplo, pago de una pensión sanción, indemnización de perjuicios por omitir la afiliación, etc.- indefectiblemente conlleva la obligación de realizar aportes al régimen pensional al cual pertenecía o estaba afiliado el demandante -en el sub examine el de prima media con prestación definida administrado por el I.S.S. hoy «COLPENSIONES»-, sin que sea dable pensar siquiera, que el trabajador se vea obligado a iniciar un nuevo proceso persiguiendo el pago de tales aportes, pues tal objetivo se cumple cuando la jurisdicción declara la existencia del contrato realidad"*

En ese orden de ideas y de conformidad con el precedente judicial referido resulta procedente computar el tiempo que el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pasto, con sentencia del 29 de septiembre de 2004, la cual se encuentra declaró existió un contrato de trabajo entre la actora y el extinto ISS esto es el comprendido entre el **20 de noviembre de 1996 al 30 de junio de 2003**, sin embargo, advierte la Sala que únicamente se tomaran los ciclos respectivos para completar los lapsos que la actora omitió realizar, pues se insiste esta última efectuó aportes como trabajadora independiente los que le fueron reembolsados por el empleador según se lee de la sentencia proferida en cita. (fls. 43-63).

Cabe advertir que el IBC que se tomará para completar los ciclos que hagan falta entre el **20 de noviembre de 1996 al 31 de diciembre de 2002**, será el correspondiente el salario mínimo para cada anualidad, pues la actora no demostró los salarios que devengó en ese lapso, carga probatoria que le correspondía según el artículo 167 del CGP, caso contrario ocurre con el año 2003, del que de la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pasto, se extrae que devengó la suma de $1.541.2401. (fl. 52)

En consecuencia, COLPENSIONES quedará facultado para que previa proyección del cálculo actuarial gestione su pago ente el **PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES I.S.S. EN LIQUIDACIÓN** administrado por la **SOCIEDAD FIDUCIARIA DE DESARROLLO AGROPECUARIO – FIDUAGRARIA S.A.** o a la entidad que haga sus veces únicamente los aportes que omitió realizar la demandante GLORIA PATRICIA VELASQUEZ, en el periodo comprendido entre el **20 de noviembre de 1996 al 30 de junio de 2003**, teniendo en cuenta los salarios que se refirieron anteriormente.-

Ahora bien, con relación al cómputo de los tiempos que laboró la demandante para la Cruz Roja según certificación que obra a folio 150, y que se aportó por la parte actora con memorial visible al folio 149 en donde se afirma que fue una prueba que se decretó de oficio, advierte la Sala que revisada la audiencia de que trata el artículo 77 del CPT y de la SS, (fls. 114-115), específicamente el decreto de pruebas no se hizo alusión a ella ni mucho menos a su decreto, por ende no se tendrá en cuenta, pues además tampoco nada se dijo al respecto en los hechos de la demanda.

Definido lo anterior, y efectuado el conteo de semanas conforme al anexo que hace parte integrante de la presente decisión incluyendo los tiempos que se refirieron y según la historia laboral aportada por Colpensiones (fls. 137-144) la Sala encuentra acreditado que la actora cotizó interrumpidamente entre el **16 de abril de 1985 hasta el 31 de marzo de 2017, 1412.86** semanas de las cuales **812.71**, fueron cotizadas hasta el **29 de julio de 2005**, conservando así el régimen de transición hasta el 31 de diciembre de 2014, por lo que es posible estudiar su situación pensional con base en la normatividad anterior a la Ley 100 de 1993, esto es el Acuerdo 049 de 1990.

Entonces tal como se advirtió, la demandante además de probar el requisito de edad, hecho que acaeció el **2 de julio de 2013** pues nació el mismo día y mes del año 1958, (fl. 63) debía cumplir las semanas exigidas en la norma, las cuales cumplió a cabalidad pues para el 31 de diciembre de 2014, fecha para la cual perdió vigencia el régimen de transición ya acreditaba **1297.14** semanas superando el numero exigido por el Acuerdo 049 de 1990.

Ahora, para efectos de determinar la fecha a partir de la cual debe la demandada reconocer la prestación, es necesario recordar que el Acuerdo 049 de 1990, estableció como requisito para el disfrute de la pensión de vejez la desafiliación al régimen, presupuesto que mantuvo vigencia aún después de la promulgación de la Ley 100 de 1993, por expresa disposición del artículo 31 de la mencionada ley.

Al respecto, se evidencia que la demandante no obstante haber cumplido los requisitos para obtener una pensión de vejez, continuó efectuando cotizaciones sin que de la historia laboral que aportó colpensiones actualizada a mayo de 2017 se observe su retiro (fls 137-138), contando para esa última data con **1412.86**, razón por la cual si bien la Sala liquidará el monto de la pensión su disfrute quedará condicionado a la desafiliación al régimen pensional, pues pese a que a folio 165 obra comunicación en que la que la CLINICA SALUD COOP LOS ANTES, le comunica a la demandante que procederá a efectuar el retiro del sistema, según consulta que efectuó la Sala en el Registro Único de Afiliaciones RUF, la actora continua como cotizante activo en pensiones

Sobre el monto de la pensión, conviene precisar que en forma reiterada y unificada las sentencias de la Sala de Laboral de la CSJ, con Radicación 40552 del 1º de marzo de 2011, 44238 del 15 de febrero de 2011 y de la Corte

Constitucional SU 230 de 2015, indican que el Ingreso Base de Liquidación –IBL- de quienes son beneficiarios del régimen de transición de la Ley 100 de 1993 -como es el caso de la actora si le faltaban menos de 10 años para adquirir el derecho pensional al momento en que entró a regir el Sistema General de Pensiones, se obtendrá según lo indica el inciso 3° del artículo 36 de la citada Ley o si les faltaba más de 10 años, se aplicaran las reglas previstas en el artículo 21 de la nueva ley de seguridad social.

Luego, como la actora para el 1º de abril de 1994, le faltaban más de 10 años de edad, pues contaba con **35 años y 9 meses**, el IBL se obtiene de acuerdo con el inciso tercero del artículo 21 de la Ley 100 de 1993, es decir con el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, o los ingresos de toda la vida laboral del trabajador, sí resulta superior al previsto en el inciso anterior, el afiliado podrá optar por este sistema, siempre y cuando haya cotizado 1250 semanas como mínimo, opción por la que puede optar la demandante pues al 31 de marzo de 2017, como se dijo anteriormente contaba con 1412.86 semanas,

Efectuadas las operaciones aritméticas, tal y como se plasma en el anexo que hace parte de la decisión, el IBL teniendo en cuenta los aportes de toda la vida, los cuales fueron indexados al año 2017, asciende al monto de **$2.870.405** al que se le aplica la tasa de reemplazo del 90%, según lo prevé el artículo 20 del Acuerdo 049 de 1990, pues como se dijo anteriormente la actora cotizó hasta el 31 de julio de 2014, un total de **1297.14** semanas, lo que arroja una mesada pensional de **$2.583.364.**

En tanto, el IBL calculado con el promedio de lo cotizado en los últimos diez años se obtiene para **$5.421.093** que al aplicarle la tasa de reemplazo del 90%, equivale para el año 2017, **$4.878.983**, monto que resulta ser superior al de toda la vida y por ende más beneficioso, por ello será la suma que Colpensiones deberá reconocer como mesada pensional previo la desafiliación al régimen, reconocimiento que se hará sobre 13 mesadas pensionales, pues la causación de la prestación fue con posterior al **31 de julio de 2011**, por cuanto la demandante cumplió la edad de 55 años el 2 de julio de 2013.

SANCIÓN MORATORIA E INTERESES.

Al respecto la Sala advierte que absolverá a la demandada de estos pedimentos pues la sanción moratoria que se solicita en la demanda según el artículo 23 de la Ley 100 de 1993, procede frente a los aportes que no se consignen dentro de los plazos señalados para tal efectos generando un interés moratorio a cargo del empleador en favor de la respectiva AFP y no del afiliado.

En cuanto a los intereses moratorios tampoco procede su imposición dado que el disfrute de la pensión se encuentra condicionado como se dijo anteriormente a la desafiliación al régimen pensional.

EXCEPCIONES

Dentro de la oportunidad legal, la parte demandada propone como excepciones de fondo las de ***"COBRO DE LO NO DEBIDO E INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN"***, respecto de las cuales se debe señalar, que de conformidad con el análisis que se viene realizando en el transcurrir de esta providencia y en razón a que los fundamentos de aquellas se soportan en la inexistencia del derecho reclamado por la parte activa del contradictorio, estas excepciones están destinadas al fracaso.

Respecto a la excepción de PRESCRIPCIÓN propuesta en debida forma por la demandada, debe indicarse que no operó como quiera que el disfrute de la pensión de la actora se encuentra supeditado a la desafiliación al régimen pensional.

Caso contrario ocurre con la excepción que denominó ***"IMPOSIBILIDAD DE CONDENA AL PAGO DE INTERESES MORATORIOS",*** la cual se declarará probada por las consideraciones que anteceden.

CONCLUSIÓN

En mérito de lo expuesto, y toda vez que de conformidad con la prueba documental y de acuerdo al precedente

jurisprudencial referido, se acreditó que a la actora le asistía el derecho pensional según los dispone el Acuerdo 049, es acertado y ajustado a derecho revocar en forma íntegra la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pasto, en audiencia pública llevada a cabo el 15 de junio de 2017, para en su lugar condenar a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones a reconocer la prestación de vejez de la actora una vez acredita la desafiliación del sistema, en cuantía para el año 2017 de **$4.878.983** sobre 13 mesadas pensionales.

COSTAS

En aplicación de lo dispuesto en el artículo 365 del C. G. del P., vigente al momento de interposición del recurso de apelación, se tiene que dadas las resultas de la alzada, no hay lugar a condenar en costas en esta instancia así como tampoco se condenará en costas de primera instancia, puesto que la postura de la Sala obedece a un nuevo precedente jurisprudencia.

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 íntegramente la sentencia proferida en audiencia pública llevada a cabo el 15 de junio de 2017 dentro del presente proceso, por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pasto, objeto de consulta, por las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión, para en su lugar:

SEGUNDO. CONDENAR a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, a reconocer a la demandante **GLORIA PATRICIA VELASQUEZ VELASQUEZ**, una pensión de vejez de conformidad con el Acuerdo 049 de 1990, la que para el año 2017 asciende a **$4.878.983** sobre 13 mesadas pensionales conforme se expuso. El disfrute del derecho pensional queda diferido hasta que la demandante acredite la desafiliación al régimen pensional

TERCERO. FACULTAR a **COLPENSIONES** para que previa proyección del cálculo actuarial gestione su pago ante el **PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES I.S.S. EN LIQUIDACIÓN** administrado por la **SOCIEDAD FIDUCIARIA DE DESARROLLO AGROPECUARIO – FIDUAGRARIA S.A,** o la entidad que haga sus veces únicamente los aportes que omitió realizar la demandante **GLORIA PATRICIA VELASQUEZ**, en el periodo comprendido entre el **20 de noviembre de 1996 al 30 de junio de 2003**, teniendo en cuenta los salarios que se refirieron en la parte considerativa de la sentencia.

CUARTO. DECLARAR probada la excepción de imposibilidad de cobro de intereses moratorios, conforme se expuso y no probadas las demás propuestas por la demandada.

QUINTO. SIN COSTAS en la primera ni en la segunda instancia.

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 providencia

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

CLARA INÉS LÓPEZ DÁVILA
Magistrada

CLAUDIA CECILIA TORO RAMÍREZ
Magistrada

IVONNE MARITZA GÓMEZ MUÑOZ
Secretaria Sala Laboral

FUERO SINDICAL – LEVANTAMIENTO DEL FUERO Y PERMISO PARA DESPEDIR: El reconocimiento de la pensión de vejez constituye justa causa de terminación de la relación laboral y da lugar al levantamiento del fuero sindical.

Establecido que a la actora le fue reconocida la pensión de vejez y que fue incluida en nómina, se determina que este hecho constituye justa causa de terminación unilateral del contrato laboral y da lugar al levantamiento del fuero sindical que la ampara, siendo procedente conceder a la entidad empleadora el permiso para retirarla del servicio.

MAGISTRADA PONENTE:
DRA. CLAUDIA CECILIA TORO RAMÍREZ

Fuero Sindical No. 2017-00073-01

En San Juan de Pasto, a los veintiún (21) días del mes de noviembre de dos mil dieciocho (2018), los Magistrados integrantes de la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, procedemos a emitir decisión de fondo dentro del proceso **ESPECIAL DE FUERO SINDICAL** instaurado por **BANCOLOMBIA S.A.,** contra la señora **MARIA CRISTINA CABRERA MONCAYO**, radicado bajo el número 52001310500120170007301.

A continuación, la Sala procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

El BANCO BBVA COLOMBIA S.A., a través de apoderado judicial instauró demanda especial de fuero sindical – permiso para despedir, en contra de la señora MARIA CRISTINA CABRERA MONCAYO, para que previos los trámites de rigor, el Juzgado de conocimiento, en sentencia de mérito que haga tránsito a cosa juzgada, declare la terminación del contrato de manera unilateral y con justa causa celebrado con la demandada, quien se encuentra amparada por fuero sindical. Como consecuencia de ello se ordene el levantamiento del fuero sindical y se autorice su despido.

Las anteriores pretensiones se sustentan en los siguientes hechos:

Que la demandada se encuentra vinculada al Banco BBVA COLOMBIA S.A., desde el 3 de junio de 1978, en el cargo de asesor integral de servicios en la ciudad de Pasto.

Que COLPENSIONES mediante Acto Administrativo del 20 de octubre de 2016, reconoció y ordenó el pago de la pensión mensual vitalicia de vejez a la accionada, desde el mes de noviembre de 2016.

Que el 17 de enero de 2017, la entidad bancaria demandante notificó a la demandada que inició el levantamiento del fuero sindical, para finalizar por justa causa el contrato de trabajo.

Que conforme al literal A del numeral 14 del artículo 7º del Decreto 3251 de 1965, el reconocimiento de la pensión es justa causa para dar terminado el contrato de trabajo, por lo que debe autorizarse a la entidad bancaria la terminación unilateral y con justa causa del contrato celebrado con la accionada.

Notificada del auto admisorio de la demanda la accionada, en desarrollo de la audiencia pública llevada a cabo el 30 de octubre de 2018 (folio 67), contestó la demandada, se opuso a las pretensiones de la demanda y manifestó frente a los hechos que son ciertos a excepción del octavo que es parcialmente cierto y formuló excepciones de fondo.

Rituadas las etapas procesales, el juzgado de conocimiento dirimió el asunto mediante sentencia, declarando no probada la excepción de omisión de consulta conforme a lo dispuesto por el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, levantó el fuero sindical que cobija a la demandada, concedió el permiso a la entidad bancaria demandante para despedir a la demandada, condenó a la accionada a pagar

costas procesales y ordenó la consulta de la providencia.

Para tales determinaciones el a quo señaló que se encuentra demostrado que COLPENSIONES le reconoció la pensión de vejez a la demandada y que además está percibiendo la misma, ya que se encuentra en la nómina de pensionados, lo que configura una justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo de manera unilateral, conforme lo dispone el numeral 14 del artículo 62 del C.S.T. y por ende ordenar el levantamiento del fuero y el despido de la demandada.

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 de consulta para determinar si la decisión adoptada está o no acorde a derecho, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA JURÍDICO

En virtud de que el presente proceso fue enviado en grado jurisdiccional de consulta, debe la Sala examinar en su totalidad la sentencia de primera instancia, sin limitaciones de ninguna índole, debiendo determinar si la decisión adoptada por el juez de primera instancia de autorizar el despido de la trabajadora demandada estuvo o no acorde a derecho.

SOLUCIÓN AL PROBLEMA JURÍDICO PLANTEADO

Sea lo primero señalar que el fuero sindical, se instituye como una garantía especial, ligada al derecho fundamental de asociación, de que gozan ciertos trabajadores para no ser despedidos, trasladados ni desmejorados en sus condiciones de trabajo, cuyo fin específico se concreta en la protección de la organización sindical a la cual pertenecen, para evitar la descomposición de dichas colectividades por el despido de los trabajadores que las conforman, pues quienes se benefician de la referida protección, cumplen funciones sindicales por la voluntad colectiva de sus electores.

El artículo 406 del C. S. del T., subrogado por el artículo 57 de la Ley 50 de 1990 y a su vez modificado por el artículo 12 de la Ley 584 de 2000, establece que los miembros de la junta directiva de todo sindicato, sin pasar de cinco principales y cinco suplentes están amparados por el fuero sindical.

Siendo así, del indicado texto normativo se deduce que si un trabajador es miembro de la junta directiva de un sindicato (principal o suplente), es necesario obtener el permiso judicial respectivo que demuestre la existencia de una justa causa para su desvinculación, traslado o desmejora del cargo que se encuentra desempeñando.

En el asunto que ocupa la atención la Sala, no es motivo de discusión la calidad de trabajadora de la demandada, pues se encuentra acreditado que se vinculó con el Banco BBVA COLOMBIA, desde el 3 de junio de 1978 mediante contrato de trabajo a término indefinido en el cargo de asesor integral de servicios (folio 24) y que mediante Resolución GNR 310555 del 20 de octubre de 2016 COLPENSIONES reconoció y ordenó el pago de la pensión de vejez a partir del 1º de noviembre de 2016 (folios 26 a 31). Tampoco es motivo de duda su condición de aforada sindical por formar parte de la Junta Directiva de la organización sindical denominada *"ASOCIACION COLOMBIANA DE EMPLEADOS BANCARIOS ACEB SECCIONAL PASTO"* en calidad de SECRETARIA SUPLENTE, pues así se lee de los documentos visibles a folios 22 y 78 del expediente.

Definido lo anterior, se procede a analizar si los motivos esgrimidos por la entidad empleadora constituyen justa causa para que el Juez Laboral otorgue permiso para despedir a la trabajadora amparada por la garantía del fuero sindical, pues la entidad accionante pretende la concesión de dicho permiso, sustentando su pedimento en el hecho de que COLPENSIONES, mediante acto administrativo le reconoció a la demandada su condición de pensionada a partir del 1º de noviembre de 2016, data en la que fue incluida en nómina.

En ese orden de ideas, pasa la Sala a verificar si la parte actora cumplió con su onus probandi respecto a la configuración de la justa causa que aduce para dar por terminado el contrato, y como se indicó en precedencia, no existe duda que COLPENSIONES le reconoció a la señora MARIA CRISTINA CABRERA el status de pensionada mediante Resolución GNR 310555 del 20 de octubre de 2016, a partir del 1º de noviembre de esa anualidad, con una asignación mensual de $2.179.382,00; hecho que fue aceptado por la demandada al contestar su demanda, circunstancia que si lugar a dudas constituye justa causa para terminar unilateralmente el contrato de la demandada por encontrarse contemplada esa causal en el numeral 14 del artículo 62 del C.S.T.

De lo anterior se discurre, que para la Sala se encuentra acreditada la justa causa que alega el Banco BBVA COLOMBIA relacionada con el status de pensionada reconocido a la demandada por COLPENSIONES, su inclusión en nómina a partir del 1º de noviembre de 2016, por manera que la única conclusión a la que puede llegar la Sala es a la encontrada por el a quo, debiendo en consecuencia confirmarse su decisión.

COSTAS

Ante las resultas de la consulta, no hay lugar a condenar en costas en esta instancia.

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 Primero Laboral del Circuito de Pasto, el día 1º de noviembre de 2018, objeto del grado jurisdiccional de consulta.

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. y se notifica a las partes por EDICTO.

CLAUDIA CECILIA TORO RAMÍREZ
Magistrada Ponente

CLARA INÉS LÓPEZ DÁVILA
Magistrada

JUAN CARLOS MUÑOZ
Magistrado

DISOLUCIÓN, LIQUIDACIÓN Y CANCELACIÓN DEL REGISTRO SINDICAL – Su procedencia exige la configuración de la causal invocada.

No hay lugar a la prosperidad de las pretensiones incoadas en la demanda, siendo que la accionante no demostró que el número de afiliados que conforman el sindicato fuera inferior a 25 miembros. /

MAGISTRADA PONENTE:
CLAUDIA CECILIA TORO RAMÍREZ

CANCELACIÓN REGISTRO SINDICAL No. 2017-00277-01

En San Juan de Pasto, a los veintitrés (23) días del mes de enero de dos mil dieciocho (2018), los señores Magistrados integrantes de la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, en asocio de la Secretaria, se constituyen en **AUDIENCIA PÚBLICA** dentro del proceso de **DISOLUCIÓN, LIQUIDACIÓN Y CANCELACIÓN DEL REGISTRO SINDICAL**, propuesto por la **EMPRESA MUNICIPAL DE TELECOMUNICACIONES DE IPIALES UNIMOS S.A. E.S.P.**, en contra del **SINDICATO DE TRABAJADORES DE UNIMOS EMPRESA MUNICIPAL DE TELECOMUNICACIONES DE IPIALES S.A. E.S.P. "SINTRAUNIMOS".**

A continuación, procede la Sala a emitir la siguiente,

SENTENCIA

La EMPRESA MUNICIPAL DE TELECOMUNICACIONES DE IPIALES UNIMOS S.A. E.S.P., actuando a través de apoderado judicial, presentó demanda de liquidación y cancelación del registro sindical en contra del SINDICATO DE TRABAJADORES DE UNIMOS EMPRESA MUNICIPAL DE TELECOMUNICACIONES DE IPIALES S.A. E.S.P. *"SINTRAUNIMOS",* representado legalmente por su Presidente JUAN CARLOS CHAVEZ SANCHEZ, para que mediante sentencia de mérito se declare configurada la causal de disolución sindical establecida en el artículo 401, literal d, del Código Sustantivo de Trabajo y en consecuencia de ello se ordene la liquidación del mismo en aplicación de lo reglado en los artículos 402 y 404 de la codificación en cita y la cancelación de la inscripción en el Registro Sindical ante el Ministerio de Trabajo.

HISTORIA PROCESAL

SUPUESTOS FÁCTICOS DE LA DEMANDA

En el escrito inicial de demanda y en sustento de las pretensiones incoadas, se puntualizaron los hechos que a continuación se relatan:

- Que el Sindicato accionado con personería jurídica del 20 de enero de 2005 se fundó con 28 trabajadores, en esa misma data, como sindicato de empresa.
- Que en la actualidad se encuentra con inscripción vigente en registro sindical.
- Que el día 28 de agosto de 2012 se retiraron cinco trabajadores afiliados al sindicato en mención, por ende, cuenta con menos de 25 trabajadores afiliados.

TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA

El presente proceso, correspondió por reparto al Juzgado Laboral del Circuito de Ipiales, autoridad que, mediante auto del 16 de noviembre de 2017, admitió la demanda, ordenando la notificación y el traslado al sindicato accionado, acto que se realizó en legal forma según se desprende del folio 60 del expediente.

Mediante escrito del 24 de noviembre de 2017, la asociación sindical demandada contestó la demanda, oponiéndose a las pretensiones incoadas, manifestando frente a los hechos que son ciertos del 1º al 4º y no son ciertos el 5º y 6º. Formuló las excepciones de mérito que denominó inexistencia de menos de 25 afiliados al sindicato, decisión pendiente por parte de la jurisdicción de lo contencioso sobre el reintegro de tres integrantes del sindicato y prescripción.

DECISIÓN DE PRIMER GRADO

El proceso se dirimió por la juzgadora de instancia a través de sentencia del 27 de noviembre de 2017, mediante la cual dispuso negar la petición de disolución y liquidación de la organización SINDICATO DE TRABAJDORES DE UNIMOS EMPRESA MUNICIPAL DE TELECOMUNICACIONES DE IPIALES S.A. E.S.P. *"SINTRAUNIMOS"*, por no encontrarse configurada la causal expuesta por la parte demandante, es decir, que no se demostró la disminución del número de 25 afiliados (folios 71 a 80).

FUNDAMENTOS DE LA APELACIÓN

Inconforme con la decisión adoptada en primera instancia, la EMPRESA MUNICIPAL DE TELECOMUNICACIONES DE IPIALES UNIMOS S.A. E.S.P., mediante escrito visible entre folios 83 a 89 del expediente, interpuso recurso de apelación, con base en los siguientes argumentos, los que se sintetizan:

> • Que la única prueba estimada por el juzgado fue la certificación expedida por la Jefe de Talento Humano de la Empresa Municipal de Telecomunicaciones de Ipiales Unimos S.A. E.S.P., la cual no determina la inexistencia de afilados.
>
> • Si bien el despacho tuvo en cuenta el no pago de cuotas ordinarias superiores a 6 meses para perder la calidad de afiliado, no así el artículo primero de los estatutos, en donde se deduce que para pertenecer a dicha organización sindical se debe tener la calidad de trabajador de la Empresa, lo cual únicamente ostentan 11 de los reportados como afiliados.

TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

El proceso en cuestión cumple con los presupuestos procesales necesarios para proferir un pronunciamiento de fondo sobre lo debatido, en virtud de que la demanda reúne los requisitos de forma exigidos por el artículo 25 del C. P. del T. y de la S. S., habiéndose presentado ante funcionario competente y por cuanto las partes ostentan legitimidad para comparecer al proceso.

De otra parte, en el sub examine no se evidencia causal alguna de nulidad que invalide lo actuado.

La Sala reitera que en virtud del principio de consonancia contenido 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 impugnado, procediendo en consecuencia a decidir, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA JURÍDICO

En virtud de los argumentos expuestos en el recurso de apelación interpuesto, encuentra la Sala que será materia a definir: si la decisión de negar la disolución y liquidación del sindicato de trabajadores de Unimos Empresa Municipal de Telecomunicaciones de Ipiales S.A. E.S.P. *"SINTRAUNIMOS",* resulta ajustada a derecho.

SOLUCIÓN AL PROBLEMA JURÍDICO PLANTEADO.

PROCEDENCIA DE LA DISOLUCIÓN, LIQUIDACIÓN Y CANCELACIÓN DEL REGISTRO SINDICAL.

El artículo 401 del Código Sustantivo del Trabajo determina las causales de disolución de un sindicato, federación o confederación, estableciendo en una de aquellas la procedencia de dicha situación, cuando el número de afiliados sea inferior a 25 trabajadores[1].

[1] *"(...) d) Por reducción de los afiliados a un número inferior a veinticinco (25), cuando se trate de sindicatos de trabajadores..."*

Respecto a la obligación de demostrar en desarrollo del proceso los hechos en que se fundamentan las pretensiones de la demanda, el artículo 167 del Código General del Proceso, de aplicación por remisión al procedimiento del trabajo y de la Seguridad Social, por así permitirlo el artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, establece en su inciso primero *"Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen"*, exigencia que responde al fin de ejercer los derechos con responsabilidad y colaborar con el buen funcionamiento de la administración de justicia para el esclarecimiento de la verdad procesal, pues si bien en desarrollo del proceso, el juez puede de oficio o a petición de parte distribuir la carga al decretar las pruebas, ello no exime a la parte interesada, de demostrar los hechos en que sustenta lo pedido o las excepcione para enervar las aspiraciones de la parte actora.

En el presente asunto, tal y como fue considerado por la a quo, se encuentra acreditado con el contenido del documento que reposa entre folios 21 a 25, que el SINDICATO DE TRABAJADORES DE UNIMOS EMPRESA MUNICIPAL DE TELECOMUNICACIONES DE IPIALES S.A. E.S.P. SINTRAUNIMOS", se constituyó con 28 afiliados; según acta de Asamblea General Ordinaria celebrada el 2 de mayo de 2016 (folios 8 a 13), se aceptó la renuncia a la organización sindical de MARY YOLANDA MUÑOZ BOLAÑOS y ADRIAN JAIRO LOPEZ SARCHI, quienes además desempeñaban los cargos de tesorero y tesorero suplente, y se dejó constancia del fallecimiento de la señora SILVANA JAQUELINE HUERTAS GUERRERO, circunstancia con la cual varía el número inicial de afiliados a 25.

Sin embargo, en la misma acta a que se hizo referencia, se adujo que comparecieron a la asamblea 25 afiliados, en la cual se consignó que el número total es de 33 miembros, cuyos nombres y documento de identidad se encuentra consignado en el documento de folio 14, en el cual se advierte que de los afiliados iniciales, esto es, de los que hicieron parte de la constitución de la organización sindical, para el 2 de mayo de 2016 quedaban los que a continuación se relacionan:

1 VICTOR ALFONSO BASTIDAS DORADO
2 LEYDIY XIMENA BOLAÑOS MONTENEGRO
3 MARTHA ALEXANDRA CAGUAZANGO PASTAS
4 ALEXANDRA XIMENA FLÓRES ORTEGA
5 JAVIER ASTUDILLO MERCADO
6 SANDRA CECILA ACOSTA CORDOBA
7 MARÍA VIRGINIA CHAMORRO CALVO
8 LILIANA DEL PILAR BENAVIDES BOLAÑOS
9 ANA MARIA RAMIREZ RODRIGUEZ
10 ZOILO ERIBERTO CEBALLOS PIARPUZAN
11 JAVIER ANTIDIO ZALAZAR BETANCOURT
12 JORGE ALFREDO LOPEZ PANTOJA
13 RIGO YAMIT CUARAN LOZA
14 SEGUNDO MODESTO BENAVIDES
15 FABIO MIGUEL VILLAREAL PASQUEL
16 EDUARDO GUILLERMO RUBIO RAMIREZ
17 JESUS ROLANDO MIRANDA NARVAEZ
18 ARMANDO EFRAIN MONTENEGRO ARTURO
19 DARIO FERNANDO BETANCOURTH OBANDO
20 CORDULA ROCIO CABRERA ZALAZAR
21 ANYELA FERNANDA OROZCO MIRANDA
22 HELMER ENRIQUE ANDRADE GUANCHA
23 CAMILO ALBERTO CHAMORRO BENAVIDES
24 HUGO ORTIZ

Anexo 1.

Debe advertirse que el señor DIEGO ARMANDO CAIPE RODRIGUEZ, quien hizo parte de la constitución del Sindicato, no aparece en la relación de los 33 miembros, con los que contaba la asociación para el 2 de mayo de 2016.

Partiendo de los 24 miembros que continuaron afiliados al sindicato desde su constitución hasta la asamblea del 2 de mayo de 2016, se tiene que las personas que aparecen en el Anexo 2, se afiliaron a SINTRAUNIMOS en el interregno del 30 de octubre de 2015 al 2 de mayo de 2016:

1	ANA KAREN TOVAR RODRIGUEZ
2	REMBERTO EDMUNDO ERAZO OBANDO
3	MORRIS SAMUEL CADENA QUISTIAL
4	MARISOL GUERRERO PASTAS
5	JOSE SANTIAGO RUIZ NARVAEZ
6	JOSE FIDENCIO GUALPA RODRIGUEZ
7	ALVARO FABIAN BETANCOURTH ROSERO
8	CARLOS EDUARDO BENAVIDES ATIS
9	JUAN CARLOS CHAVES

Anexo 2

Ahora bien, se indica en la contestación de la demanda que tres (3) de los miembros de la organización sindical fueron desvinculados de la empresa y en la actualidad buscan su reintegro a través de demandas (folio 67), en consecuencia, a la fecha de presentación de la acción, esto es, el 14 de noviembre de 2017 (folio 1), es dable concluir que el número de afiliados al sindicato cuya disolución, liquidación y cancelación de registro se pretende, sería de 30 afiliados[2], por manera que no se encuentra demostrado que el número de afiliados actual será inferior a 25, circunstancia que impide dar aplicación a la causal descrita en el literal d) del artículo 401 del Código Sustantivo del Trabajo, y en consecuencia al haber la accionante incumplido con su onus probandi, es improcedente acceder a las pretensiones consignadas en el libelo introductorio, tal como lo consideró la *a quo*.

La anterior conclusión no varía con lo alegado por el recurrente, quien manifestó que algunos de los afiliados al sindicato no tienen vínculo laboral con UNIMOS S.A. E.S.P., lo cual impide formar parte del sindicato conforme con lo dispuesto en el artículo 1º de los estatutos sindicales, pues este hecho ni siquiera fue alegado en la demanda, ni menos se ha probado que ha ocurrido con posterioridad a la *"oportunidad para pedir pruebas"* conforme lo requiere el numeral 3º del artículo 327 del Código General del Proceso; por lo tanto no es dable atender la solicitud probatoria en éste momento procesal.

Corolario de lo anterior, se confirmará la decisión adoptada en primera instancia por encontrarse ajustada a derecho.

COSTAS

En aplicación de lo dispuesto en el artículo 365 del C.G.P., aplicable al presente asunto, se tiene que dadas las resultas de la alzada hay lugar a condenar en costas en esta instancia. En consecuencia, las agencias en derecho a cargo de la entidad accionada se fijan en el equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente que deberá pagar a la asociación sindical demandada.

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 forma íntegra, la sentencia proferida dentro del presente proceso por el Juzgado Laboral del Circuito de Ipiales (N), dentro de la Audiencia Pública llevada a cabo el 30 de noviembre de 2017, objeto de apelación, por las razones expuestas en la parte considerativa de ésta providencia.

[2] 24 (Anexo 1) + 9 (Anexo 2) – 3 (despedidos de la empresa) = 30

SEGUNDO. CONDENAR EN COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA a favor de la parte demandada SINTRAUNIMOS-SINDICATO EMPRESA MUNICIPAL DE TELECOMUNICACIONES DE IPIALES S.A. E.S.P. y a cargo de la EMPRESA MUNICIPAL DE TELECOMUNICACIONES DE IPIALES S.A. E.S.P., de conformidad a la parte motiva de esta providencia. En consecuencia, las agencias en derecho se fijan en el equivalente a UN SALARIO MÍNIMO LEGAL MENSUAL VIGENTE, esto es, la suma de $781.242,00.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y DEVUÉLVASE.

La anterior providencia fue discutida y aprobada en sesión de esta fecha según acta No.

No siendo otro el objeto de la presente, se firma en constancia como aparece:

CLAUDIA CECILIA TORO RAMÍREZ
Magistrada Ponente

JUAN CARLOS MUÑOZ
Magistrado

CLARA INÉS LÓPEZ DÁVILA
Magistrada

IVONNE MARITZA GÓMEZ MUÑOZ
Secretaria Sala Laboral

Sala Penal

Doctores: Héctor Roveiro Agredo León, Blanca Lidia Arellano Moreno, Franco Solarte Portilla (Presidente Sala) y Silvio Castrillón Paz.

INASISTENCIA ALIMENTARIA - Elementos Constitutivos.
INASISTENCIA ALIMENTARIA - Sustracción sin justa causa de la obligación alimentaria.

De la valoración del material probatorio aducido al juicio oral, se determina que no se encuentra demostrada ninguna causal de justificación frente al incumplimiento de la obligación legal del procesado de suministrar alimentos a favor de su menor hijo, siendo que a pesar de haber sufrido quebrantos de salud y que la situación laboral y económica han sido difíciles, obran pruebas que acreditan las actividades laborales por este adelantadas, encontrándose en la posibilidad de cumplir, así fuere modestamente, con la ínfima cuota a la que libremente se comprometió, tal como lo hizo en ciertas ocasiones en las cuales canceló la cuota alimentaria; avizorándose que la desatención e indiferencia para con el menor ha sido reiterativa, denotando que tal omisión ha sido deliberada, surgiendo evidente el carácter doloso de su proceder y ante el convencimiento de la existencia de la conducta punible, la responsabilidad del procesado y la sustracción sin justa causa de la obligación alimentaria, es procedente la imposición de sentencia condenatoria, /

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

SALA DE DECISIÓN PENAL

Magistrado Ponente	: Dr. José Aníbal Mejía Camacho
Proceso N°	: 520016000487200880106
No. Interno	: N.I.13055
Conducta Punible	: Inasistencia alimentaria
Acusado	: DAGB
Decisión	: Sentencia confirmada
Aprobado	: Acta N° 4 de 5 de abril de 2018

San Juan de Pasto, seis de abril de dos mil dieciocho
(Hora: 10:00 a.m.)

I. OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el defensor de DAGB, contra la sentencia del 19 de diciembre de 2017 proferida por el Juzgado Tercero Penal Municipal con funciones de conocimiento que lo condenó como autor del delito de inasistencia alimentaria, a la pena principal de 34 meses de prisión y multa de 22 salarios mínimos legales mensuales vigentes, y a la accesoria por el mismo tiempo de inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas.

Concedió la suspensión condicional de la ejecución de la pena.

1. Supuestos fácticos

De la relación sentimental entre LVAO y DAGB, nació el menor KSGA el día 26 de octubre de 2005, siendo registrado en la Notaría Primera del Círculo de Pasto.

Mediante acta de conciliación del 10 de octubre de 2007, DAGB se comprometió a cancelar la suma de VEINTICINCO MIL PESOS ($25.000), semanales desde el 15 de octubre de 2007, reajustado cada año según incremento del salario mínimo legal mensual vigente, adeudando hasta el mes de marzo de 2015 la suma de ONCE MILLONES CIENTO NUEVE MIL OCHOCIENTOS ONCE PESOS ($11.109.811), adicionalmente, se comprometió a proporcionarle tres mudas de ropa al año en los meses de junio, diciembre y cumpleaños del menor, siendo el periodo omisivo el comprendido entre noviembre de 2007 a marzo de 2015.

Ante el incumplimiento de la obligación, el 29 de enero del año 2008 LVAO, denunció ante la Fiscalía General de la Nación al padre de su hijo, por no cumplir con el pago de la cuota alimentaria.

2. Actuación procesal y sentencia recurrida

Ante el Juzgado Segundo Municipal de Pasto-Nariño, con funciones de control de garantías el 9 de abril de 2015, se llevó a cabo la audiencia preliminar de formulación de imputación en contra de DAGB.

El 6 de octubre de 2015 se llevó a cabo audiencia de formulación de acusación. La Fiscalía a través de su delegada, imputó a DAGB, los cargos de la conducta descrita en el artículo 233 del Código Penal, modificado por la Ley 1181 de 2007, Articulo 1° con el agravante del inciso segundo, correspondiéndole una pena de 32 a 72 meses y multa de 20 a 37,5 SMLMV, por el delito de inasistencia alimentaria agravada, a título de autor, comportamiento que desarrolló en forma dolosa. El acusado no aceptó los cargos.

El 26 de mayo de 2016 se celebró la audiencia preparatoria, que finalizó el día 16 de junio siguiente.

Verificada la audiencia de juicio oral, se emitió sentido del fallo condenatorio y el 19 de diciembre de 2017 el Juzgado Tercero Penal Municipal con funciones de conocimiento emitió sentencia en la que condenó a DAGB a la pena principal de 34 meses de prisión y multa de 22 salarios mínimos legales mensuales vigentes, al encontrarlo responsable del delito de inasistencia alimentaria; y a la accesoria de la inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo periodo.

Al hallar reunidos los requisitos para el efecto, concedió el mecanismo sustitutivo de la pena privativa de la libertad consistente en la suspensión condicional de la ejecución de la pena.

Luego de determinar los hechos, reseñar los antecedentes procesales afirma que la materialidad de la conducta punible se encuentra acreditada en la declaración de la representante de la víctima, LVAO cuando afirma que el padre de su hijo KSGA, no cumple con la cuota alimentaria a la cual se comprometió en el centro de conciliación de la Universidad Cooperativa de Colombia el 10 de octubre de 2007, consistente en pagar $25.000 semanales, con el incremento del salario mínimo legal mensual desde el día 15 de octubre de 2007, siendo escaso el aporte brindado al menor teniendo en cuenta la capacidad de realizar el aporte correspondiente.

Establece que al tenor de lo previsto en el artículo 22 del Código Penal, la conducta es dolosa cuando el agente conoce los hechos constitutivos de la infracción penal y quiere su realización, también será dolosa en el evento de que cuando la realización de la infracción ha sido prevista como probable y su no producción se deja librada al azar.

En el presente asunto, le atribuye a DAGB, el delito de inasistencia alimentaria agravada teniendo en cuenta el material probatorio recopilado, así:

De acuerdo a copia del registro civil de nacimiento del menor KSGA nacido en Pasto el 26 de octubre de 2005, se puede advertir que es hijo de DAGB, por lo que se encuentra demostrado el vínculo de parentesco entre el menor beneficiario y el procesado.

De igual manera a través de este documento se puede observar que el afectado, al momento en que su madre interpone la denuncia, era menor de edad por ende estaba habilitada para activar la acción penal.

De acuerdo a lo establecido en la Ley 1098 de 2006 Código de Infancia y Adolescencia, se entiende por alimentos todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido, asistencia médica, recreación, formación integral y educación o instrucción, y en general todo lo necesario para el desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes.

Conforme lo anterior, menciona que se debe determinar si el procesado durante el tiempo a que se contrae la obligación, es decir, el mes de noviembre de 2007 hasta marzo de 2015, no suministró los alimentos a su hijo KSGA, y si la sustracción a los deberes legales en su condición de padre, son o no justificados.

Menciona que el procesado desarrolla una actividad laboral como pregonero desde el 2012 en temporada y desde el 2014 devenga el salario mínimo en el *"Almacén Pague menos"*, establece que si bien es cierto que tenía un diagnóstico de artrosis, fue operado el 21 de enero de 2010 y después de la recuperación, esta condición no le impedía trabajar.

LVAO manifiesta que el procesado se encuentra adeudando la cuota alimentaria a la cual se obligó el 10 de octubre de 2007, es decir la suma de $25.000 semanales más el incremento anual, adicionalmente las 3 mudas de ropa en mitad de año, diciembre y cumpleaños, compromiso que no cumple a cabalidad, pues solo realizó un escaso aporte de dinero, siendo además nulo el aporte en especie, testimonio al que establece le da plena credibilidad, siendo un testimonio claro, preciso y coherente.

NELSY LARA PANTOJA, administradora del establecimiento *Pague menos La 17*, certifica que el procesado trabaja en esa empresa desde noviembre de 2014 que finaliza el 28 de febrero de 2015, pago en efectivo $400.000 por mes, adicionalmente afirma que existe una relación laboral desde hace cuatro años, es decir desde el año 2012 que se liquidaba con el salario mínimo.

INÉS BOTERO, madre del procesado da cuenta que su hijo no tenía un empleo estable, siendo ella la que suplía la cuota del menor hasta el año 2014, declaración que a juicio del Juez no cuenta con respaldo alguno al ser ama de casa, además de manifestar que su hijo fue incapacitado por el término de 4 a 5 años para laborar por parte del cirujano que practicó la operación, declaración que igualmente no tiene respaldo probatorio pues no existe constancia por parte del cirujano al respecto.

Respecto del testimonio del acusado, afirma que se trata de un testimonio contradictorio y poco creíble, manifiesta haber estudiado y graduado en el año 2009, en la Institución Educativa Municipal Antonio Nariño, existiendo por otra parte un oficio suscrito por el rector Mario Fernando Martínez, donde consta que el procesado no se graduó en esa institución, por lo que establece se compulsaran copias ante la Fiscalía General de la Nación, para lo de su cargo.

Con el procesado se introdujo la historia clínica donde se certifica que sí fue intervenido quirúrgicamente, pero el a quo considera que ésta no puede ser la excusa para incumplir con su obligación alimentaria por el término de 4 o 5 años, pues no ha estado impedido para laborar.

El juez realiza un recuento de los recibos con los que se cuenta para acreditar el pago de la obligación.

Establece que una vez analizadas las pruebas en su conjunto, halla probada la existencia y responsabilidad del ilícito por el cual se está juzgando, teniendo en cuenta que los testimonios y los documentos que hicieron parte del juicio y soportan el análisis, conocieron en forma directa las actividades del procesado y sus condiciones personales sin que se advierta en sus dichos algún asomo de querer perjudicar al sentenciado, o favorecer a la víctima.

Por lo anterior encuentra probadas las previsiones del artículo 233 del Código Penal, en el entendido que pese a contar con los medios no cumplió con la obligación con su hijo, desde el año 2012 que empezó a laborar al no existir ningún recibo entre los años 2012 y 2013.

Afirma que al tratarse de un delito permanente, esto es que a partir del momento en que el sujeto activo comienza a sustraer de la obligación y hasta cuando nuevamente vuelva a asumir su responsabilidad, ha descrito la figura delictiva, así sea por un solo lapso o cuota, ubica al incumplidor en el marco del tipo penal. Conforme lo anterior, manifiesta que el juzgado se inclina a que DAGB es culpable del delito de inasistencia alimentaria.

Plantea que las pruebas analizadas en conjunto desvirtuaron la presunción de inocencia de DAGB y adicionalmente afirma que concurre el elemento dogmático de la antijuridicidad pues con los hechos se puso en peligro de forma efectiva y sin justa causa, el bien jurídicamente tutelado por la ley que es la familia.

Para efectos de la individualización de la pena, partió de la descripción del artículo 233 del Código Penal, para señalar que el delito de inasistencia alimentaria tiene establecida una pena de 32 a 72 meses de prisión y una

multa de 20 a 37,5 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Estableció los cuartos punitivos en el siguiente orden:

Primer cuarto: 32 a 42 meses.
Cuartos medios: 42 a 62 meses.
Cuarto cuarto: 62 a 72 meses.

Para la multa de 20 a 37,5 salarios minios legales mensuales vigentes, los cuartos punitivos son:

Primer cuarto: 20 a 24.37 smlmv.
Cuartos medios: 24.37 a 33.11 smlmv.
Cuarto cuarto: 33.11 a 37.5 smlmv.

Determinó que como no existían circunstancias de mayor punibilidad, solamente se obraba con la de menor punibilidad consistente en el no reporte de antecedentes la individualización de la pena se ubicaría en el primer cuarto punitivo (32 a 42 meses).

Ahora, atendiendo las directrices del artículo 61, *ídem*, dada la gravedad del delito, la intensidad del dolo, las circunstancias modales de su comisión y la necesidad de la pena, consideró se debía imponer como sanción no el mínimo, sino 34 meses de prisión, al igual que la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo periodo de la pena principal. Con relación a la multa, aduce idéntico cálculo aritmético y ejercicio argumentativo para imponerla en 22 smlmv.

Sobre los mecanismos sustitutivos de la suspensión condicional de la ejecución de la pena de prisión, establece que en consideración a que el delito de inasistencia alimentaria es de ejecución permanente se aplicara el artículo 63 de la ley 1709 de 2014 que establece:

> ***"Artículo 63. 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 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 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 2000, 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.*
>
> *La 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 a 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.*"

Si bien se encuentran satisfechos los requisitos para acceder al beneficio, es decir que el delito no se encuentra enlistado en el artículo 68 A y la pena impuesta es menor a 4 años, cita lo regulado por la ley 1098 de 2006:

> ***"Artículo 193.*** *Criterios para el desarrollo del proceso judicial de delitos en los cuales son víctimas los niños, las niñas y los adolescentes víctimas de los delitos. Con el fin de hacer efectivos los principios previstos en el artículo anterior y garantizar el restablecimiento de los derechos, en los procesos por*

delitos en los cuales sean víctimas los niños, las niñas y los adolescentes la autoridad judicial tendrá en cuenta los siguientes criterios específicos:

(…)

6. Se abstendrá de aplicar el principio de oportunidad y la condena de ejecución condicional cuando los niños, las niñas o los adolescentes sean víctimas del delito, a menos que aparezca demostrado que fueron indemnizados."

Conforme lo anterior, si bien en este asunto no existe indemnización por parte del procesado a la víctima, no se concedería el subrogado si no hubiere indemnización. Sin embargo, con base a jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, que plantea que la mencionada ley hace referencia a los niños y niñas que son víctimas de los vejámenes más atroces, frente a lo que afirma que dentro de la categoría aludida no se encuentra el delito de inasistencia alimentaria.

Afirma que teniendo en cuenta que actualmente el procesado está cumpliendo con la cuota alimentaria, el juzgado permite acceder al mecanismo sustitutivo previsto en el artículo 63 del código penal, teniendo en cuenta que acorde a lo que establece la citada sentencia, la privación de la libertad del progenitor implicaría para el menor la afectación de diferentes derechos como la vida, familia, custodia y cuidado personal y derecho a los alimentos.

Por lo anterior, concede el subrogado de la condena de la ejecución condicional bajo caución prendaria por valor de DOSCIENTOS CINCUENTA MIL PESOS ($250.000) y concede un plazo de seis meses para indemnizar, so pena de la revocatoria del subrogado.

3. Argumentos del recurrente y no recurrente

Contra la anterior determinación el defensor de DAGB interpuso el recurso de apelación, buscando se absuelva a su poderdante, bajo los siguientes argumentos:

Considera que la resolución tomada por el *a quo* no es consecuente con las pruebas practicadas en el juicio oral, además de desconocer principios fundamentales del derecho penal, pues los hechos que sustentaron la denuncia de la señora LA y en los cuales se fundamentó la acusación presentada por la fiscalía fueron desvirtuados en las pruebas practicadas en el juicio oral.

Afirma que la fiscalía imputó a DAGB el delito de inasistencia alimentaria agravada, por cuanto presuntamente el acusado incumplió el acuerdo conciliatorio suscrito el 10 de octubre de 2007 entre las partes hoy en litigio, al no suministrar alimentos sin justa causa a su hijo el menor KSGA por el periodo omisivo comprendido entre noviembre de 2007 y marzo de 2015, estima desmedida la acusación por cuanto no obedece a la realidad pues su defendido y su madre siempre estuvieron atentos a cumplir la carga alimentaria en la medida de sus posibilidades.

Menciona que por falta de acuerdo entre las partes, las cuotas alimentarias no fueron depositadas en una cuenta bancaria lo cual hubiese permitido esclarecer los hechos de mejor manera, sin embargo el padre del menor conservó algunos de los recibos que dan cuenta de algunas de las cuotas pagadas, por cuanto no fue posible aportar todos los recibos dado que algunos fueron extraviados y en algunas ocasiones no se dejaba constancia de los aportes pecuniarios ni materiales realizados por concepto de alimentos para el menor; sin embargo, el acusado compiló el material con el que contaba con el propósito de desvirtuar la acusación desproporcionada que realizó la Fiscalía.

Al respecto, dentro del juicio la primera persona en desvirtuar los hechos de la acusación, fue precisamente la denunciante quien asistió al juicio oral como testigo de la Fiscalía, quien a pesar de haber denunciado una omisión total del padre frente a sus deberes alimentarios reconoció la autenticidad de los documentos presentados por la defensa, señalando que es su firma la que aparece en dichos documentos y que efectivamente había recibido los dineros ahí señalados. Adicionalmente, dentro del interrogatorio señaló que una vez el padre del menor sintió la presión de este proceso, ha venido cumpliendo la cuota como corresponde desde el año 2016.

Menciona que no corresponde a la realidad la ausencia de justa causa en el accionar del acusado, por cuanto mediante certificación laboral y el interrogatorio practicado en juicio a la señora NELSY LARA administradora del *"Almacén Pague menos"* afirma que trabaja desde el mes de noviembre 2014 devengando en primer un momento un salario de 400.000 pesos y actualmente el SMLMV.

Dentro de dicha declaración afirmó conocer al acusado desde el año 2012 realizando turnos, es decir un trabajo de días sin un salario fijo ni determinado. Lo anterior se sustenta en que para el año 2015 aporta una cantidad que anteriormente se encontraba incapacitado para aportar por su falta de empleo y dificultades en salud.

Refiere que aportó la historia clínica del procesado la cual da fe de la cirugía que le fue realizada día 21 de enero al padecer la enfermedad denominada artrosis que padeció durante varios años y afectaba su movilidad, situación que impedía desarrollar cualquier actividad económica pues dentro de la sintomatología de esa enfermedad se encuentran fuertes dolores de cadera que impiden realizar movimientos con normalidad. Posteriormente DAG debió padecer un tiempo de incapacidad relativamente largo y tardó aproximadamente 2 años para lograr restablecerse.

Respecto de las condiciones del procesado indica que es una persona de escasos recursos económicos, proveniente de una familia humilde que no posee bienes, o estudios, que le permitan ingresar al mercado laboral de manera sencilla, por lo que resulta complicado alcanzar estabilidad laboral. Situación que ha logrado mantener desde noviembre de 2014 tiempo en el que ha realizado aportes por concepto de alimentos como lo reconoció la denunciante.

Aduce que el aporte de la historia clínica y la demostración de la enfermedad padecida, configura una justa causa para haberse alejado del cumplimiento de su obligación, tal como lo establece la Corte Constitucional en sentencia T 502 de 1992 donde plantea que se entiende por justa causa todo acontecimiento previsto en la ley o fuera de ella que extingue los deberes, imposibilita su cumplimiento o los excusa temporalmente.

En el delito de inasistencia alimentaria es necesario demostrar que no existió justa causa, por lo que afirma que en el presente asunto se encontraba incapacitado para trabajar y cumplir a cabalidad con su obligación, las cuales se cumplieron parcialmente como se demostró con los recibos. Adicionalmente con la historia clínica suscrita por el centro médico Imbanaco se demostró que el procesado se encontraba incapacitado entre los años 2006 y 2012 para realizar alguna actividad, situaciones que acreditan la existencia de una justa causa, más aun cuando la Fiscalía no logró demostrar la capacidad económica del procesado.

Cita adicionalmente la sentencia C 237 de 1997 de la Corte Constitucional donde establece que la carencia de recursos económicos no solo impide la exigibilidad de la obligación sino la deducción de la responsabilidad penal. Por tanto la defensa reprocha la decisión tomada en primera instancia, pues considera que la pena por pequeña que parezca va a repercutir de manera negativa en la vida laboral del procesado, puesto que va a aparecer formalmente condenado y esta situación va a dificultar aún más su ingreso al mercado laboral. Con base en estos argumentos y con las pruebas practicadas en el juicio oral solicita el procesado sea absuelto.

3.1 Los no recurrentes

La representante de la Fiscalía General de la Nación, manifiesta que el defensor de DAGB retoma los alegatos de la audiencia de juicio oral, pese a ello, la delegada se refiere al hecho de que la defensa arguye que no se demostró que el señor estuviera en capacidad de cubrir las cuotas alimentarias, manifiesta que no resulta necesario demostrar la existencia de una relación laboral, pues no es ese el objeto del juicio de inasistencia alimentaria, se trata de demostrar la capacidad económica con que contaba el procesado para brindar las cuotas a las que se comprometió a favor de su menor hijo.

Refiere que la defensa afirma que la acusación fue desmedida toda vez que se refiere al periodo omisivo comprendido entre 2007 y 2015, tiempo en el que el procesado cumplió en la medida de sus posibilidades con las cuotas alimentarias, por lo que hace una relación de los pagos realizados desde el año 2008 al 2014, y concluye que pese a que el procesado se comprometió a realizar un aporte de CIEN MIL PESOS ($100.000) mensuales, el procesado realizó un aporte de UN MILLÓN CUATROCIENTOS TREINTA MIL PESOS ($1.430.000) en 8 años, aporte

irrisorio a consideración de la Fiscalía.

Afirma que a través del testimonio de NELSY LARA administradora del *"Almacén Pague menos"* se evidencia que el procesado trabaja en el lugar desde el año 2011, adicionalmente LVA madre del menor trabajó en las mismas condiciones que el procesado, y fue ella quien le dio la oportunidad de laborar en dicho establecimiento una vez se retiró.

Respecto de la historia clínica aduce que es evidente que no tuvo una incapacidad laboral que le impidiera trabajar tal como lo manifestó durante los alegatos de conclusión, pues las recomendaciones del médico que atendió la cirugía del procesado consistían en ejercitarse permanentemente, situación que no permite concluir que sean recomendaciones negligentes e irresponsables, por lo que no le asiste razón a la defensa cuando afirma que de la historia clínica se pueda deducir que estuvo inmovilizado e incapacitado por 5 años.

Sobre la prueba documental que menciona la defensa no pudo aportar, manifiesta que esta afirmación es poco creíble ya que teniendo en cuenta que la relación con LVA se rompió desde que nació el menor, resulta dudoso que no haya previsto el guardar y conservar estos recibos que indicaban cuál es el valor que se entregaba por concepto de alimentos.

Menciona que la Fiscalía logró demostrar que durante el periodo omisivo el procesado canceló la suma de UN MILLON CUATROCIENTOS TREINTA MIL PESOS ($1.430.000), cuando el monto de la deuda son ONCE MILLONES DE PESOS ($11.000.000) situación que deja al menor durante estos 8 años, desprovisto de todo ingreso por parte de su padre.

Finalmente considera que se encuentra demostrado más allá de toda duda razonable que el señor DAGB ha tenido vinculaciones labores con las que se puede demostrar su capacidad económica y en él no se ha notado ni siquiera la intención de ponerse al día con sus obligaciones alimentarias, por lo que solicita que en segunda instancia se confirme la decisión tomada por la judicatura en primera instancia

II. PARA RESOLVER SE CONSIDERA

1. Competencia

Esta Corporación es competente para desatar el recurso de apelación interpuesto por la defensa contra la sentencia del 19 de diciembre de 2017 emitida por el Juzgado Tercero Penal Municipal con funciones de conocimiento de Pasto, conforme a lo dispuesto en el numeral 1º del artículo 34 de la Ley 906 de 2004.

2. Problema jurídico a resolver

Corresponde a esta Corporación resolver el recurso de apelación interpuesto por el defensor de DAGB, fundado exclusivamente en que de las pruebas recaudadas en el juicio no es dable afirmar que la sustracción de la obligación alimentaria para el período omisivo imputado a su defendido se perpetrara sin justa causa.

Asunto previo

Lo primero que se debe precisar, es que con ocasión al principio de competencia funcional en el recurso de apelación, la Sala sólo se debe pronunciar con ocasión a los temas objeto de impugnación y a los inescindiblemente vinculados a éstos.

Bajo este racero, atendiendo a que el recurrente sienta las bases de su inconformidad en que no existe prueba suficiente que acredite la desproporcionada acusación efectuada por el ente acusador en contra de su prohijado, de quien alega se encuentra amparado por causal de justificación frente al incumplimiento de la obligación alimentaria, aunado a que no se demostró tampoco su capacidad económica, siendo entonces tales tópicos los que se someterán a estudio.

En consecuencia, deberá la Sala pronunciarse sobre los hechos constitutivos del delito de inasistencia alimentaria;

esto es, de la sustracción sin justa causa por parte de GB de la prestación de los alimentos legalmente debidos a su descendiente.

3. Los medios de prueba recaudados en el juicio

Conforme lo dispone el artículo 381 de la Ley 906 de 2004 sólo procederá la imposición de una sentencia condenatoria, cuando el juez tenga el conocimiento más allá de toda duda acerca del delito y de la responsabilidad penal del acusado con fundamento en las pruebas aportadas en el juicio.

Así mismo determina la disposición evocada que cuando la sentencia sea condenatoria no podrá estar fundamentada exclusivamente en prueba de referencia.

Ahora, con referencia a la prueba que acredite la responsabilidad de DA en la autoría del reato de inasistencia alimentaria, se debe precisar que al juzgamiento a iniciativa de la Fiscalía se allegaron los siguientes elementos de conocimiento:

Estipulaciones probatorias (hechos):

1.- La plena identidad del acusado DAGB.
2.- Vínculo de consanguinidad existente entre el encartado y el menor beneficiario, acreditado con el respectivo registro civil de nacimiento de KSGA.
3.- Celebración de audiencia de conciliación para fijación de cuota alimentaria fechada a diez (10) de octubre de 2007.

Testimoniales:

1.- El funcionario de policía judicial OMAR NELSON RAMOS MARTÍNEZ.
2.- La querellante LVAO.
3.- La administradora del Almacén Pague Menos, NELSY LARA PANTOJA.

Igualmente se verifica que la Fiscalía anunció la recepción del testimonio de Carla Cristina Arroyave, sin que tal acto procesal se haya verificado.

Por parte de la defensa se solicitó y escuchó en testimonio al propio encartado, a su señora madre IB, y a María Eugenia Chávez y José Luís Martínez, vecina y exjefe del acusado, respectivamente.

Así las cosas, procede esta Sala a referirse en primer término a la existencia o no de causal justificante que explique los motivos que dieron origen al incumplimiento de la obligación legal que reposaba en cabeza del encausado de suministrar alimentos a favor de su menor hijo KSGA.

En ese sentido, y de conformidad al acervo probatorio recopilado durante el devenir procesal, se evidencia con meridiana claridad que en un principio, mediante audiencia de conciliación adiada a diez (10) de octubre de 2007 y celebrada en el Centro de Conciliación de Consultorios Jurídicos de la Facultad de Derecho de la Universidad Cooperativa de Colombia con sede en esta ciudad, se procedió a fijar una cuota alimentaria semanal ascendiente a la suma de veinticinco mil pesos ($25.000.oo m/c), o lo que es lo mismo, cien mil pesos ($100.000.oo) mensuales, así como a sufragar el valor de tres (3) suministros de ropa al año en los meses de junio, diciembre y cumpleaños del menor.

No obstante la aparente disposición para el cumplimiento de las obligaciones alimentarias por parte del encausado, la conducta omisiva se erigió reiterativa, cuando a partir del momento de la suscripción del pacto en cita, se incurrió de nuevo en la inobservancia del ineludible deber legal del suministro de alimentos a su menor hijo, circunstancia que de contera, conllevara a la activación de la acción penal por parte de la madre del infante, LVAO.

Ahora bien, descendiendo a los argumentos de inconformidad esgrimidos por la defensa como sustento del recurso de alzada que ocupa la atención de la Judicatura en esta ocasión, de acuerdo a los cuales se pretendió

demostrar a lo largo del proceso, la incapacidad económica e inestabilidad laboral del encartado como causal justificante para la desatención de las necesidades básicas de su descendiente, considera esta Sala que es otra la verdad que muestra la sucesión fáctica, el devenir procesal y el acopio probatorio, toda vez que DAGB es una persona joven, en plena edad productiva, de la que si bien se arguye padeció problemas de salud que limitaron su capacidad física y fuerza laboral, tal estado no ha sido permanente, dado que se encuentra acreditado como ya se reseñó, que ingresó al mercado laboral, en primer momento de forma temporal y luego desde el 1 de agosto de 2014, de forma regular con ingresos de un salario mínimo mensual legal vigente, razón por lo que su excusa no resulta suficiente para desatender sin más sus obligaciones paternas.

Si bien es cierto no desconoce esta Colegiatura las dolencias físicas traídas a colación por la defensa, en aras de acreditar una causal justificante de la conducta omisiva de su prohijado frente al cabal cumplimiento de las obligaciones alimentarias que se le reclaman, no lo es menos que no puede pasar desapercibido que de la revisión de la historia clínica aportada como prueba documental, de modo alguno se extrae que el proceso de recuperación de la cirugía de *"Pop Artroscopia de cadera izquierda"* practicada a GB para el 21 de enero del año 2010, requiriera el considerable lapso de tiempo de recuperación de 2 a 3 años argüido por la defensa.

Todo lo contrario, tal como lo advirtiera el ente acusador si ello fuera así no se explica cómo, un procedimiento médico que demanda tal considerable tiempo de convalecencia no sólo no conste en la respectiva historia clínica, sino que además presente entre las recomendaciones médicas a seguir solamente la realización de terapia física durante veinte sesiones, el fortalecimiento muscular con ejercicios en bicicleta por veinte minutos y manejo analgésico por veinte días (cfr. fl. 93), dejando sin sustento probatorio alguno tal tesis de descargo.

Tampoco hay lugar a desconocer la compleja situación social que a la fecha sigue enfrentando el país desde tiempos inveterados y que ha redundado inexorablemente en un estado de cosas en el que impera y se sostiene, verbigracia, la alta tasa de desempleo, razón de más para que en un determinado caso, un padre se sustraiga por un tiempo del cumplimiento de las obligaciones contraídas para con su descendencia; sin embargo, en el sub judice, cuando la desatención e indiferencia del progenitor ha sido reiterativa, no se puede asumir como cierta la existencia de un estado excepcional de fuerza mayor indefinido, sino más bien la deliberada omisión del agente para cumplir con su deber legal de suministro alimentario, pues no se logra entender cómo el encartado no asume de una vez por todas sus responsabilidades y procede a sufragar la cuota alimentaria que en su momento se comprometió a suministrar, siendo ésta incluso producto de la solicitud de disminución de cuota que aquel mismo elevara.

Es por ello que, ante la abstención en el cumplimiento de su deber, surge evidente el carácter doloso de su proceder y la necesidad del condigno reproche punitivo.

En ese entendido, la Sala disiente de la postura asumida por la defensa, según la cual, el comportamiento de su representado no se ajusta a la conducta típica de inasistencia alimentaria, al carecer ésta de uno sus elementos fundantes, cual es, la omisión injustificada de la obligación, dada precisamente la inestabilidad laboral que atravesó para el período omisivo imputado, bajo el supuesto de su prolongada imposibilidad física.

Ello por cuanto no es dable desconocer el valor de los elementos probatorios que sirvieron de sustento a la decisión de primera instancia, especialmente cuando obran pruebas que efectivamente acreditan las actividades laborales adelantadas por el procesado, que aunque en efecto dependen de la ocasionalidad de los turnos y temporadas como pregonero en almacenes de variedades de esta ciudad, se conoció que como contraprestación recibía una remuneración de $400.000 con la que se encontraba en la posibilidad de cumplir así fuere modestamente, con la ínfima cuota a la que libremente se comprometiera, tal como ocurriera en pretéritas ocasiones, sin tener que llegar a instancias judiciales para materializar una responsabilidad tal, como lo es la paternidad.

Y es que mal haría esta Corporación, si a diferencia de mantener el reproche suscitado en la decisión apelada a la conducta desplegada por el procesado de desatender las obligaciones adquiridas con su descendiente, considere de recibo la eventual causal justificante para incumplir las obligaciones que le asisten para con su menor hijo y deprecada por la defensa, misma que resulta inocua si en cuenta se tiene que la prolongada afectación de salud padecida por el encartado, conforme a la historia clínica fechada a enero de 2010, comporta un *"dolor en la cadera izquierda de 4 años de evolución",* esto es, desde el año 2006, es decir por un lapso de aproximadamente

más de un (1) año diez (10) meses antes a la fecha de iniciación de la conducta de ejecución continua, razón de más para que no se explique cómo entonces se pretende acreditar que precisamente de dicha situación se deriva el incumplimiento de las obligaciones alimentarias, si bien se sabe gracias a las constancias procesales, que existieron momentos en los cuales el procesado sí cumplió con las mismas.

Ello implica sin lugar a dudas, que aun estando el procesado en la gravosa situación de enfrentar un problema de salud, esto no resultó óbice para que, oportuna o extemporáneamente, cumpliera en ciertas ocasiones con el pago de la cuota alimentaria a la que libremente se comprometió, circunstancia que diluye sin más, el nexo causal que pretende demostrar la defensa como excusa a su omisivo proceder.

Ahora, si en gracia de discusión la situación laboral y económica del encartado fuese de tal manera precaria, no es admisible cómo durante las diligencias tendientes a fijar la cuota alimentaria, el procesado no expusiera tal situación, a fin de no incurrir en compromisos monetarios que de antemano sabía no podía cumplir, teniendo la oportunidad para pronunciarse en tal sentido.

Siendo ello así, resulta elemental entender el hecho de que una persona que se ha comprometido a cumplir con algo, si realmente tuviere interés en ello, busque las formas de hacerlo, cumpliendo con el compromiso que adquiriera precisamente por la solicitud de disminución de cuota que elevara y que se fijara en las condiciones acordadas.

Si bien el enjuiciado pudo haber efectuado en favor de su hijo algunos esporádicos y de todas maneras incompletos aportes, ellos no logran enervar el carácter antijurídico de su proceder, pues la atención alimentaria de los descendientes es una obligación primaria, ineludible y permanente para quien deba prestar alimentos y en consecuencia, ella debe cumplirse en los estrictos términos que la ley demanda, y no como parece haberlo entendido el procesado de manera intermitente.

Es así como se logra denotar el dolo en el proceder del procesado, el cual aunado al acervo probatorio recaudado, entre los que se encuentran el testimonio de la querellante, la copia del acta de conciliación celebrada ante el Centro de Conciliación de la Universidad Cooperativa de Colombia de esta ciudad el 10 de octubre de 2007, el testimonio de Omar Nelson Ramos Martínez quien da cuenta de las actividades de policía judicial adelantadas en virtud de programa metodológico tendientes a establecer la actividad económica del procesado, permiten otorgar plena credibilidad a la teoría del caso del ente acusador, y se constituyen como el sustento que le permitió a la funcionaria de primera instancia emitir sentencia condenatoria, ante el convencimiento de la existencia de la conducta punible, la responsabilidad del procesado y la sustracción sin justa causa de la obligación alimentaria para con su hijo K.S.G.A., razones suficientes por las cuales, habrá de confirmarse el fallo recurrido.

En consonancia con las razones expuestas en antecedencia, esta Judicatura denegará la censura propuesta y en su lugar, confirmará en su integridad la decisión 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 recurrida.

2°.Esta decisión 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 LIDIA ARELLANO MORENO
Magistrada

JUAN CARLOS ÁLVAREZ LÓPEZ
Secretario

PRISIÓN DOMICILIARIA - SUSTITUCIÓN POR LA CONDICIÓN DE PADRE CABEZA DE FAMILIA – REQUISITOS:
PRISIÓN DOMICILIARIA - SUSTITUCIÓN POR LA CONDICIÓN DE PADRE CABEZA DE FAMILIA - DEFICIENCIA SUSTANCIAL DE AYUDA DE LOS DEMÁS MIEMBROS DE LA FAMILIA: Quienes tienen el deber legal de proveer alimentos, entendidos éstos no sólo la manutención, sino también el cuidado, protección, orientación, educación y afecto, no sólo son los padres, esta obligación es inherente a los ascendientes y demás familiares del menor.

Improcedencia de conceder el sustituto de la prisión domiciliaria, dado que el procesado no cumple con los requisitos para ser considerado padre cabeza de familia, en tanto se encuentra demostrado que ante su ausencia, el hijo menor no se vería sometido a situaciones de riesgo o desamparo, pues no obstante el abandono del hogar por parte de la madre, se cuenta con una familia extensa que tiene el deber de brindarle lo necesario para un desarrollo normal, no existiendo razones que permitan relevarlos del deber de solidaridad que les asiste./

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

SALA DE DECISIÓN PENAL

Magistrado Ponente	: Dr. José Aníbal Mejía Camacho
Proceso N°	: 523566000514201600375-1
No. Interno	: 22846
Conducta Punible	: Tráfico, Fabricación o Porte de Estupefacientes
Acusado	: JCBM
Decisión	: Sentencia confirma la recurrida
Aprobado	: Acta N° 9 de 7 junio de 2018

San Juan de Pasto, doce de junio de dos mil dieciocho
(Hora: 10:30 a.m.)

I. OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el defensor de JCBM, contra la sentencia de 28 de junio de 2017, dictada por el Juzgado Segundo Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Ipiales (Nariño), que lo condenó como autor del delito de *tráfico, fabricación o porte de estupefacientes*, imponiéndole como pena principal 126 meses de prisión, multa de 217 salarios mínimos legales mensuales vigentes y pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por un término igual al de la pena principal.

El motivo de inconformidad del apelante, gira en torno a la negativa a conceder a su representado el sustituto de la prisión domiciliaria.

1. Supuestos fácticos

El día 20 de agosto de 2016, siendo aproximadamente las 10:20 horas, uniformados fueron informados por personal del INPEC, que en las instalaciones del Centro Penitenciario y Carcelario de Ipiales, un individuo identificado posteriormente con el nombre de JCBM, fue detectado por el guía canino, portando en sus partes corporales, estupefacientes.

Ante los dolores estomacales que manifestó padecer, el precitado fue trasladado hasta las instalaciones del Hospital Civil de la ciudad de Ipiales (Nariño), donde fue intervenido por el galeno de turno, para posteriormente y de manera voluntaria expulsar de su organismo 37 capsulas que en su interior contenían cocaína en un peso

neto de 223 gramos y marihuana en 18 gramos.

Lo anterior, dio lugar a la captura y disposición ante la autoridad competente para su judicialización.

2. Actuación procesal y sentencia recurrida

2.1 Ante el Juzgado Promiscuo Municipal de Funes (Nariño) con Función de Control de Garantías, el día 22 de agosto de 2016, por solicitud de la Fiscalía 31 Local de Guachucal (Nariño), se adelantaron las audiencias preliminares de legalización de captura, formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento, donde se declaró la legalidad de la captura, se le imputó en calidad de autor, el delito de *tráfico, fabricación o porte de estupefacientes* agravado, verbo rector llevar consigo; como JCBM se allanó a los cargos, el representante del ente acusador, deprecó la detención preventiva en la residencia señalada por el imputado, misma que fue decretada por la juez.

El 28 de junio de 2017 se celebró Audiencia de Individualización de Pena y Lectura de Sentencia, en donde el ente acusador dio a conocer las condiciones personales, sociales y familiares del procesado; estimó que la pena a imponer conforme lo previsto en el inciso 3º del artículo 376 del Código Penal oscilaría entre los 96 a 144 meses de prisión y multa de 124 a 1500 s.m.l.m.v., ahora, ante el agravante señalado por el numeral 1º del artículo 384, ídem, la pena mínima se duplicaría, tomándose los 144 meses de prisión como máxima, y ante la rebaja del 12,5% por la aceptación de cargos, esta quedaría en 126 meses de prisión, multa de 248 a 1500 s.m.l.m.v, e inhabilitación de derechos y funciones públicas por el mismo término señalado en la pena principal.

En cuanto a los subrogados o beneficios adujo su improcedencia dado el quantum de la pena y la limitación del artículo 68 A del Estatuto Penal.

Por su parte, el Ministerio Público, refirió su oposición a la concesión de subrogados, con fundamento en el inciso 2º del artículo 68 *A ibídem*.

Para terminar, la Defensa deprecó la aplicación de la rebaja del 12.5 % en razón del allanamiento a cargos realizada en la audiencia de imputación por parte de su prohijado, e hizo referencia a la prohibición prevista por el artículo 68 A, tantas veces aludido, cuando se trata del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, acudiendo a la excepción señalada por el artículo 314 numeral 5, de padre cabeza de familia, que aseguró ostentar el señor BM.

En vista de lo anterior, aportó al plenario un informe de visita socio familiar, el registro civil de nacimiento del menor de iniciales J.J.B.M., declaraciones extra juicio de MARÍA JUANA MENESES JURADO y KAREN ELIZABETH GARCÍA MOLANO, y certificados expedidos por COLOR S BY FASHION, la Contraloría General de la República, la Procuraduría General de la Nación, la Policía Nacional, y el SISBEN. Todo ello a fin de que le fuese concedida la sustitución de la prisión domiciliaria con permiso para trabajar.

2.2 En el fallo materia de revisión, se tiene que el funcionario de primera instancia después de identificar al acusado, referir los antecedentes fácticos y procesales, realizó la calificación jurídica de la conducta delictiva desplegada por BM, y se adentró a constatar la existencia de un mínimo probatorio que permita inferir su tipicidad y autoría, concluyendo que con la aceptación de cargos y los elementos materiales probatorios aportados por la Fiscalía, era suficiente para emitir fallo condenatorio.

Frente a la sanción, indicó que el punible de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes agravado, le comporta una pena de prisión de 144 meses y multa de 248 a 1500 salarios mínimos legales mensuales vigentes, empero ante la ausencia de circunstancias de mayor punibilidad, se ubicaría en el cuarto mínimo de la pena. Así, partió de 144 meses de prisión y multa de 248 smlmv, ponderando para ello los aspectos previstos en el inciso 3º del artículo 61 del Código Penal.

No obstante lo anterior, como quiera que operó el fenómeno post delictual del allanamiento a cargos, aplicó la rebaja de la pena prevista en el parágrafo del artículo 301 del Código de Procedimiento Penal, fijándola finalmente

en 126 meses de prisión y 217 s.m.l.m.v. Aunado a ello, impuso la pena accesoria de inhabilitación de derechos y funciones públicas por un periodo de tiempo igual al de la pena principal.

En cuanto a los mecanismos sustitutivos de la prisión domiciliaria, como son, la suspensión de la ejecución de la pena y la sustitución domiciliaria, expuso los requisitos para acceder a ellos; frente al primer instituto, aseguró que no se cumplía con el presupuesto objetivo, puesto que la pena a imponer en este caso excede los 4 años, sumado a ello, indicó que ante la prohibición expresa prevista en el artículo 68 A del Estatuto Penal, se negaría los subrogados de ley.

Sobre el beneficio de la prisión domiciliaria deprecado por la Defensa, atendiendo a la condición de padre cabeza de familia, estimó que las declaraciones extra juicio y la visita socio familiar aportadas, si bien dan cuenta del abandono de hogar por parte de la madre del niño, no son suficientes para acreditar tal calidad, al ser deficientes para probar la presunta deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros del grupo familiar del menor de edad, toda vez que uno de los elementos materiales probatorios arrimados al plenario, dio cuenta de la existencia de familia extensa que puede prodigarle el cuidado y atención que éste requiere, y así superar la supuesta indefensión y abandono a la que se vería expuesto ante la condena de su progenitor.

Bajo esa línea argumentativa, negó el sustituto de la prisión domiciliaria.

3. Argumentos del recurrente

El representante judicial del condenado apela la decisión de primera instancia, buscando como único punto se conceda, a favor de su prohijado la prisión domiciliaria, negada por el Juzgado de conocimiento.

Al efecto, arguye que existen los elementos materiales probatorios necesarios para acreditar la condición de padre cabeza de familia en JCBM, toda vez que del estudio socio familiar aportado, se evidencia que pese a la presencia de los abuelos maternos y paternos del niño, estos se encuentran imposibilitados para cuidar de él y de contera brindarle el cariño, y amor que él requiere, dado lo avanzado de su edad. Y ante la ausencia de la madre del pequeño, la única persona capacitada para prodigarle la seguridad, tranquilidad, amor, cuidado y lo económico de cara a solventar las necesidades básicas, sería el sentenciado.

De esa manera, deprecó la revocatoria parcial de la sentencia impugnada, para en su lugar, concederle a BM, la sustitución de la prisión domiciliaria, con el fin de proteger los derechos fundamentales del niño, previstos en el artículo 44 de la Constitución Política.

II. REFLEXIONES DE LA SALA

1. Competencia

Esta Corporación es competente para desatar el recurso de apelación interpuesto por la Defensa contra la sentencia del 28 de junio de 2017 emitida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Ipiales (Nariño), conforme a lo dispuesto en el numeral 1º del artículo 34 de la Ley 906 de 2004.

2. El problema a resolver

Reclama el abogado de la Defensa en favor de su representado el mecanismo sustitutivo de la prisión domiciliaria bajo la hipótesis excepcional de su condición de padre cabeza de familia.

Debe la Sala entrar a examinar si la inconformidad manifestada, tiene soporte normativo o jurisprudencial que la avale y pueda prosperar, o por el contrario, carece del mismo y deba entonces confirmarse la decisión.

3. Asunto previo

Lo primero que se debe precisar, es que con ocasión al principio de competencia funcional en el recurso de apelación, la Sala sólo se debe pronunciar con ocasión a los temas objeto de impugnación y a los inescindiblemente

vinculados a estos. Sobre el tema la Corte Suprema de Justicia en SP 45223 del 20 de abril de 2016 dijo:

> *"…como lo tiene sentado la Sala, si bien la Ley 906 de 2004 no establece de manera expresa límite respecto a la competencia del superior para desatar el recurso de apelación, como sí lo hacía la Ley 600 de 2000 en el artículo 204, de todos modos por virtud del artículo 31 de la Constitución Política, en cuanto consigna los principios de doble instancia y la prohibición de la reforma en peor, la decisión de segunda instancia sólo podrá extenderse a los asuntos que resulten inescindiblemente vinculados al objeto de la impugnación y que éstos no constituyan un desmejoramiento de la parte que apeló.*
>
> *Lo anterior tiene razón jurídica procesal, en tanto que el nuevo sistema contempla que el impulso del juicio está supeditado a las tesis y a las argumentaciones que los intervinientes aduzcan frente a sus pretensiones, las cuales tienen vocación o no de éxito dependiendo del resultado de la actividad probatoria. Dentro de tal premisa entonces, el sentenciador de segundo grado debe circunscribir su competencia a los asuntos que el recurrente ponga a su consideración, sin que le sea permitido inmiscuirse en otros temas que no son objeto de discusión o que han sido materia de conformidad, salvo que advierta violación de derechos y garantías fundamentales".* (Subrayas propias de la Sala)

Conforme lo anterior, la Sala únicamente se pronunciará sobre la viabilidad de conceder el sustituto de prisión domiciliaria en favor de JCBM, por la condición de padre cabeza de familia, por cuanto es el único tema objeto de apelación por parte del apoderado judicial del condenado.

4. El sustituto de la prisión domiciliaria en razón de la condición de padre cabeza de familia del sentenciado

El argumento central del funcionario de la primera instancia para negar la prisión domiciliaria, se basó en que los elementos probatorios aportados, únicamente dan cuenta del abandono de la madre del menor J.J.B.M al hogar conformado con el sentenciado, siendo insuficientes para demostrar la condición de padre cabeza de familia, puesto que de ellos no se puede establecer la deficiencia sustancial de ayuda de otros integrantes del grupo familiar, máxime cuando en el informe de visita socio familiar se hace referencia a una familia extensa que puede y debe asumir el cuidado y atención del niño, no existiendo, por tanto, abandono e indefensión que puedan poner en riesgo su bienestar.

Así las cosas, precisa de entrada manifestar por esta Corporación que la negativa del Juzgado de la primera instancia a concederle a JCBM, el sustituto de la prisión domiciliaria, es por demás clara como se pasa a exponer:

Lo primero que debe advertir esta Sala es que el artículo 68A del Estatuto Penal, modificado por el artículo 4º de la ley 1773 de 2016, dispone:

> *"Artículo 68A. Exclusión de los beneficios y subrogados penales. No se concederán la suspensión condicional de la ejecución de la pena; **la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión**; ni habrá lugar a ningún otro beneficio, 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 dentro de los cinco (5) años anteriores.*
>
> *Tampoco quienes hayan sido condenados por delitos dolosos contra la Administración Pública; delitos contra las personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario; delitos contra la libertad, integridad y formación sexual; estafa y abuso de confianza que recaigan sobre los bienes del Estado; captación masiva y habitual de dineros; utilización indebida de información privilegiada; concierto para delinquir agravado; lavado de activos; soborno transnacional; violencia intrafamiliar; hurto calificado; extorsión; homicidio agravado contemplado en el numeral 6 del artículo 104; lesiones causadas con agentes químicos, ácido y/o sustancias similares; violación ilícita de comunicaciones; violación ilícita de comunicaciones o correspondencia de carácter oficial; trata de personas; apología al genocidio; lesiones personales por pérdida anatómica o funcional de un órgano o miembro; desplazamiento forzado; tráfico de migrantes; testaferrato; enriquecimiento ilícito de particulares; apoderamiento de hidrocarburos, sus derivados, biocombustibles o mezclas que los contengan; receptación; instigación a delinquir; empleo o lanzamiento de sustancias u objetos peligrosos; fabricación,*

importación, tráfico, posesión o uso de armas químicas, biológicas y nucleares; ***delitos relacionados con el tráfico de estupefacientes*** *y otras infracciones; espionaje; rebelión; y desplazamiento forzado; usurpación de inmuebles, falsificación de moneda nacional o extranjera; exportación o importación ficticia; evasión fiscal; negativa de reintegro; contrabando agravado; contrabando de hidrocarburos y sus derivados; ayuda e instigación al empleo, producción y transferencia de minas antipersonal.*
Lo dispuesto en el presente artículo no se aplicará respecto de la 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." (Negrilla fuera de texto).

En virtud, del inciso 3º de este precepto normativo, es posible la aplicación extensiva, por el juez de conocimiento al momento de proferir sentencia, del artículo 314 del Código de Procedimiento Penal, para efectos de la sustitución de la ejecución de la pena, así:

"Sustitución de la detención preventiva. ***La detención preventiva en establecimiento carcelario podrá sustituirse por la del lugar de la residencia en los siguientes eventos****:*

1. Cuando para el cumplimiento de los fines previstos para la medida de aseguramiento sea suficiente la reclusión en el lugar de residencia, aspecto que será fundamentado por quien solicite la sustitución y decidido por el juez en la respectiva audiencia de imposición, en atención a la vida personal, laboral, familiar o social del imputado.

2. Cuando el imputado o acusado fuere mayor de sesenta y cinco (65) años, siempre que su personalidad, la naturaleza y modalidad del delito hagan aconsejable su reclusión en el lugar de residencia.

3. Cuando a la imputada o acusada le falten dos (2) meses o menos para el parto. Igual derecho tendrá durante los seis (6) meses siguientes a la fecha de nacimiento.

4. Cuando el imputado o acusado estuviere en estado grave por enfermedad, previo dictamen de médicos oficiales.

El juez determinará si el imputado o acusado deberá permanecer en su lugar de residencia, en clínica u hospital.

5. Cuando la imputada o acusada fuere madre cabeza de familia de hijo menor o que sufriere incapacidad permanente, siempre y cuando haya estado bajo su cuidado. En ausencia de ella, el padre que haga sus veces tendrá el mismo beneficio.

La detención en el lugar de residencia comporta los permisos necesarios para los controles médicos de rigor, la ocurrencia del parto, y para trabajar en la hipótesis del numeral 5. (…)" (Resaltado fuera de texto).

Así las cosas, resulta imperioso analizar si JCBM, ostenta la condición de padre cabeza de familia, para acceder al sustituto de la prisión domiciliaria. Y tal estudio, se deberá realizar a la luz de la Ley 1232 de 2008 que modificó el artículo 2º de la Ley 82 de 1993, y de la Ley 750 de 2002.

Según el primer precepto legal, es madre cabeza de familia, *"(…) quien siendo soltera o casada, ejerce la jefatura femenina de hogar y tiene bajo su cargo, afectiva, económica o socialmente, en forma permanente, hijos menores propios u otras personas incapaces o incapacitadas para trabajar, ya sea por ausencia permanente o incapacidad física, sensorial, síquica o moral del cónyuge o compañero permanente o deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros del núcleo familiar.".*

A su turno, la segunda previsión, estableció la posibilidad de cumplir la pena privativa de la libertad en el lugar de su residencia al hombre o mujer cabeza de familia, siempre y cuando se acredite el cumplimiento de los requisitos fijados en su artículo primero, esto es, cuando el *"(…) desempeño personal, laboral, familiar o social permitan determinar que no pondrá en peligro a la comunidad o a las personas a su cargo, hijos menores de edad o hijos con*

incapacidad mental permanente (…)".

Al respecto, la Corte Constitucional en sentencia C-184 de 2003, extendió el beneficio de prisión domiciliaria otorgado inicialmente a las madres cabezas de familia, a los padres, cuando tengan a su cuidado hijos menores o con incapacidad mental permanente, y estos dependan de aquél no solo económicamente, sino afectivamente, o en aquellos casos en que los derechos de los menores podrían verse efectiva y realmente afectados. De esa manera, se ilustró en un pronunciamiento reciente de esta Colegiatura[1]:

> *"Más que el suministro de los recursos económicos para el sustento del hogar" lo que interesa es "...el cuidado integral de los niños (protección, afecto, educación, orientación, etc.), por lo cual un procesado podría acceder a la detención domiciliaria cuando se demuestre que él solo, sin el apoyo de una pareja, estaba al cuidado de sus hijos o dependientes antes de ser detenido, de suerte que la privación de la libertad trajo como secuela el abandono, la exposición o el riesgo inminente para aquellos"* [2](Subrayas nuestras).
>
> *Últimamente se indicó:*
>
> *"Así, el procesado que aduzca esa calidad deberá acreditar que está a cargo del cuidado de los niños, que su presencia en el seno familiar es necesaria porque los menores dependen de él no solo económicamente sino en cuanto a su salud y cuidado y, por tanto, que la medida se hace necesaria para garantizar el interés superior del niño y no simplemente una excusa para evadir el cumplimiento de la pena en el sitio de reclusión" [3].*

Bajo ese orden de ideas, los requisitos que permiten concluir que la condición de padre cabeza de familia se encuentra acreditada para acceder al sustituto de la prisión domiciliaria, son:

> **1.** Que bajo la tutela y cuidado integral del procesado se encuentran sus hijos menores de edad o personas incapacitadas física o psíquicamente
> **2.** Que exista ausencia permanente o incapacidad del cónyuge o compañero permanente del procesado para hacerse cargo de los hijos menores de edad o personas incapacitadas física o psíquicamente.
> **3.** Que el procesado prodigue el sustento económico, y el apoyo emocional, de manera que ante su ausencia los hijos menores de edad o personas incapacitadas física o psíquicamente se verían expuestas a situaciones de riesgo o desamparo.

Ahora bien, la ley 750 de 2002, prevé dos requisitos que deben concurrir para acceder al sustituto de la prisión domiciliaria, a saber, ***(i)*** que el desempeño personal, laboral, familiar o social del infractor permita a la autoridad judicial competente determinar que no colocará en peligro a la comunidad, y ***(ii)*** que la condición de padre cabeza de familia se origine en la existencia de hijos menores de edad o con discapacidad permanente.

En ese sentido, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, indicó *"…que para su otorgamiento se requiere de la satisfacción concurrente de todas las condiciones previstas en esta norma, a saber: i) que el condenado, hombre o mujer, tenga la condición de padre o madre cabeza de familia; ii) que su desempeño personal, laboral, familiar y social permita inferir que no pondrá en peligro a la comunidad o a las personas a su cargo; iii) que la condena no haya sido proferida por alguno de los delitos allí referidos y; iv) que la persona no tenga antecedentes penales [4].*

De esa manera, esta Colegiatura analizará en el sub lite, si JCBM, tiene derecho a que se le reconozca el sustituto de la prisión domiciliaria, amparado por la excepción prevista en el inciso 3º del artículo 68 A del Código Penal, que remite al artículo 314 del Código de Procedimiento Penal, en primer lugar, por recaer sobre él la condición de

[1] Tribunal Superior de Pasto, Sala Penal, 15 Feb. 2018, Rad. 52001600048520160466l-01 N.I. 18616. M.P. Silvio Castrillón Paz.
[2] CSJ SP, 16 Jul. 2003, rad. 1789.
[3] CSJ SP, 30 Sep. 2009, rad. 30106.
[4] CSJ SP, 22 Jun. 2011, rad. 35943.

padre cabeza de familia, y en caso afirmativo, si su desempeño personal, laboral, familiar y social permite inferir que no pondrá en peligro a la comunidad o a las personas a su cargo; si la condena no fue proferida por alguno de los delitos referidos en la Ley 750 de 2002 y; si no tiene antecedentes penales.

Bajo esa perspectiva, frente al primer presupuesto, esto es, la condición de padre cabeza de familia, se tiene que en audiencia de individualización de pena, la defensa del sentenciado, para acreditar dicha condición aportó el registro civil de nacimiento del niño de iniciales J.J.B.M., que en la actualidad cuenta con 4 años de edad, así como, dos declaraciones extrajudiciales que al unísono dan cuenta de que el implicado provee todo lo necesario para su hijo, como es, alimentación, educación, vestuario, cuidado y afecto, toda vez que su progenitora abandonó el hogar hace unos meses atrás desconociéndose su paradero; siendo éste la única persona que vela por el pequeño, al no tener familiares que ayuden en tal menester.

Puestas así las cosas, sería dable afirmar que se cumplen con los requisitos aludidos en líneas precedentes para considerar al aquí implicado padre cabeza de familia y concederle el sustituto de la prisión domiciliaria, pues, tiene bajo su tutela y cuidado integral a su hijo menor de edad; existe ausencia permanente de su compañera permanente y madre del niño, ante el abandono del hogar desconociéndose actualmente su paradero, tal y como lo aseguran las declaraciones de KAREN ELIZABETH GARCÍA MOLANO y MARÍA JUANA MENESES JURADO, y este es la persona que actualmente prodiga el sustento económico, y el apoyo emocional. Sin embargo, también se encuentra demostrado que ante la ausencia del procesado, el niño J.J.B.M., no se vería sometido a situaciones de riesgo o desamparo, al contar con más familiares que tienen el deber de brindarle lo necesario para un desarrollo normal.

Véase como en el informe de visita socio familiar, se dio cuenta de una familia extensa por línea paterna, como son los abuelos del niño, sobre quienes se dijo que se encontraban enfermos y eran de avanzada edad, empero, no existe prueba alguna al respecto, que permita desligarlos de su obligación para con el menor, tan solo el dicho del implicado. Adicionalmente, se evidenció la presencia de los hermanos del señor BM, es decir, tíos para el menor de edad, que por el solo hecho de haber constituido familias, no quedan impedidos para velar por su sobrino.

Así mismo, existen por línea materna los abuelos, quienes al igual que los anteriores familiares podrán eventualmente cuidar de J.J.B.M. y de ninguna manera, la precaria condición económica que se asegura por parte del procesado, padecen sus familiares, es suficiente para relevarlos del deber de solidaridad que les asiste, pues si de eso se tratara, ninguna persona con ingresos modestos podría hacerse cargo de sus hijos o familiares, cuando éstos lo necesiten, máxime en la sociedad en que convivimos donde pocas personas cuentan con recursos económicos considerables.

En ese sentido, el Tribunal Constitucional ha sostenido:

> *«…para tener dicha condición es presupuesto indispensable (i) que se tenga a cargo la responsabilidad de hijos menores o de otras personas incapacitadas para trabajar; (ii) que esa responsabilidad sea de carácter permanente; (iii) no sólo la ausencia permanente o abandono del hogar por parte de la pareja, sino que aquélla se sustraiga del cumplimiento de sus obligaciones como padre; (iv) o bien que la pareja no asuma la responsabilidad que le corresponde y ello obedezca a un motivo verdaderamente poderoso como la incapacidad física, sensorial, síquica o mental o, como es obvio, la muerte; (v)* ***por último, que haya una deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros de la familia, lo cual significa la responsabilidad solitaria de la madre para sostener el hogar»***[5]. (Resaltado fuera de texto).

Bajo esa óptica, se itera, no puede dejarse de lado de que quienes tienen el deber legal de proveer alimentos, entendidos éstos no solo la manutención, sino también el cuidado, protección, orientación, educación y afecto, no sólo son los padres. Esta obligación es inherente a los ascendientes y en este caso se cuenta con los abuelos paternos y maternos, además de los tíos del niño.

[5] Sentencia SU – 388 de 2005.

De modo que JCBM, no reúne las condiciones necesarias para ser catalogado como padre cabeza de familia, y por tanto, no habrá lugar al estudio de los demás requisitos previstos por la jurisprudencia en cita para la concesión del sustituto de prisión domiciliaria, en ese sentido se confirmará 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 por las razones aducidas en la parte considerativa.

2°. Esta decisión se notifica en estrados y se hace saber que en su contra procede el recurso extraordinario de casación.

Notifíquese y Cúmplase,

JOSÉ ANIBAL MEJÍA CAMACHO
Magistrado Ponente

FRANCO SOLARTE PORTILLA
Magistrado

BLANCA ARELLANO MORENO
Magistrada

MIGUEL ÁNGEL SÁNCHEZ ACOSTA
Secretario

DEFINICIÓN DE COMPETENCIA – ENTREGA DE BIENES.

Efectuado un estudio sistemático, y en tanto el bien solicitado fue incautado y vinculado al trámite procesal con fines de comiso por orden de un Juez de Control de Garantías, pero posterior a ello la Fiscalía General de la Nación no elevó pretensión en ese sentido en la acusación, y tampoco se adelantó sobre él un proceso de extinción de dominio, lo cual otorgó la oportunidad a un tercero para que requiera su devolución, se determina que la competencia para resolver sobre su entrega, se encuentra en cabeza del Juez de Control de Garantías, con fundamento en la cláusula general de competencia de los Jueces de esta categoría y en tanto el trámite debe realizarse en audiencia preliminar, al tratarse de una resolución sobre asuntos similares a la que dirime la petición de medidas cautelares, en este caso, la incautación./

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PASTO

SALA DE DECISIÓN PENAL

Magistrada Ponente	: Dra. Blanca Lidia Arellano M.
Definición de Competencia	: 520016000485 2017 0202401
Número Interno	: 21312
Delito	: Tráfico de sustancias para el procesamiento de narcóticos
Procesados	: SOÁ, LOÁT
Aprobado	: Acta No. 29 del 4 de octubre de 2018

San Juan de Pasto, cuatro (4) de octubre de dos mil dieciocho (2018)

MOTIVO DE LA DECISIÓN

Corresponde a esta Sala pronunciarse respecto de la definición de competencia para conocer sobre la petición de devolución del vehículo tipo camión, color rojo, de placas SBN-880, elevada por la señora OSÁB, que ha llegado a esta Corporación en virtud de la manifestación de falta de competencia realizada por la Jueza Segunda Penal Municipal en Función de Control de Garantías Ambulante de Pasto, en desarrollo de audiencia preliminar llevada a cabo los días 10 y 26 de septiembre de 2018.

1. ANTECEDENTES

Conforme a los escasos elementos probatorios presentados para la resolución del conflicto de competencia, se encuentra en primer lugar la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Pasto del 6 de diciembre de 2017, que registra como hechos relevantes los siguientes:

> *"El día 12 de abril de 2017, siendo aproximadamente las 06:00 horas, en el kilómetro 82 vía circunvalar al Galeras en momentos en que policiales adscritos a la Subestación de Policía de Genoy, realizaban labores de control propias de su cargo, hacen señal de pare a un vehículo tipo camión, color rojo, de placas SBN-880 el cual era conducido por SOÁB quien iba acompañado de LOÁT, padre e hijo respectivamente, a quienes las citadas autoridades solicitan la colaboración a fin de realizar un registro personal y al vehículo, a lo cual estos acceden, en ese orden en desarrollo del registro, en la parte trasera del automotor se evidencia que se estaban transportando 27 contenedores metálicos de color azul con características físicas de acetona y 30 bultos de 25 kilos cada uno con una sustancia con características físicas propias de la soda cáustica..."*

En segundo lugar, se registra información que da cuenta de la realización de audiencias preliminares el 13 de abril de 2017 ante el Juzgado Promiscuo Municipal del Peñol (N), en las que se declaró la legalidad del procedimiento de captura y de la incautación de los elementos, incluido el vehículo automotor sobre el cual se requiere su devolución, además de formularse imputación y decretarse medida de aseguramiento consistente en detención

preventiva domiciliaria, en contra de los procesados.

El proceso penal finaliza con la emisión de sentencia del 6 de diciembre de 2017, en la cual el Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Pasto, condenó a los señores SOÁB y LOÁT, por la comisión del punible de Tráfico de sustancias para el procesamiento de narcóticos, a la pena principal 38 meses de prisión y multa de 510 smlmv; sin haber emitido pronunciamiento sobre los bienes involucrados dentro de la actuación penal.

Se registra también información suministrada en audiencia adelantada por parte de la Jueza Segunda Penal Municipal en Función de Control de Garantías Ambulante de Pasto, que el bien incautado, fue sometido al trámite de extinción de dominio, habiéndole correspondido el conocimiento a la Fiscalía 62 de la Unidad de Extinción Nacional de Dominio, quien profiere auto del 24 de abril de 2018, con el que se dispuso el archivo de la actuación al considerar que había ausencia de interés del Estado frente a la persecución de dicho bien.

Indica que al disponerse el archivo de las diligencias, la Fiscalía de la Unidad de Extinción de Dominio, señaló que la devolución del bien no sería viable por parte de esa autoridad, dado que la incautación y suspensión del poder dispositivo del bien, se tomó dentro del proceso de carácter penal, y que atendiendo las directrices de la Dirección Especializada de Extinción de Dominio, que señala que cuando se deja a disposición un bien sin que se hubieran levantado medidas cautelares sobre el bien, ni medidas materiales ni jurídicas, el procedimiento para la devolución debe tramitarse por cuenta de la Fiscalía de conocimiento de carácter penal o por las autoridades de los Juzgados de Control de Garantías o de Conocimiento.

Ante la actuación adelantada, la propietaria del vehículo automotor solicitó por medio de apoderada, la devolución del bien mueble, correspondiéndole el conocimiento por reparto al Juzgado Segundo Penal Municipal con Función de Control de Garantías Ambulante de Pasto, quien en audiencia preliminar llevada a cabo los días 10 y 26 de septiembre de 2018, manifestó su falta de competencia para conocer y resolver la petición elevada, trayendo a consideración el artículo 88 del C.P.P., que establece la posibilidad de disponer la devolución de bienes comprometidos en delitos de carácter doloso, señalando que antes de formularse la acusación y en un término que no puede exceder de 6 meses serán devueltos los bienes y recursos incautados u ocupados a quien tenga derecho a recibirlos cuando no sean necesarios para la indagación o investigación o se determine que no se encuentran en una circunstancia en la cual procede su comisión, sin embargo en caso de requerirse para promover acción de extinción de dominio, dispondrá lo pertinente para dicho fin.

En ese orden, señala que son varias las exigencias que no habilitarían al Juez con Función de Control de Garantías para asumir una decisión de esa naturaleza.

Señala la Jueza que al existir una sentencia de carácter condenatorio que ha cobrado firmeza, dentro de la cual no se hizo pronunciamiento definitivo sobre el bien afectado, sumado al vacío normativo que permita establecer en qué autoridad recae la posibilidad de definir la entrega de dicho bien, dada la ausencia de interés de la justica para la persecución del mismo, esta situación, considera, no puede resolverse por vía de la aplicación del artículo 153 del C.P.P., que otorga a los Jueces con Función de Control de Garantías, la actividad de carácter subsidiario frente al proceso penal que se adelante, dado que la función asignada a los Jueces con Función de Control de Garantías para la devolución de bienes en delitos dolosos en el marco del artículo 88 del C.P.P. se da en especificas circunstancias y período o lapso del desarrollo del proceso penal, y esto es, hasta la presentación del escrito de acusación. Por ello, considera que desde la radicación del escrito de acusación en adelante, quien debe asumir el deber de pronunciarse de fondo sobre los bienes, es el Juez de Conocimiento, específicamente en el desarrollo de la audiencia del artículo 447 del C.P.P., y si ello se omitió, considera poder hacerlo mediante adición a la sentencia.

Entonces, la Jueza señala no contar con la competencia para la disposición de devolución de bienes.

Además, manifiesta que conforme a la Ley 1849 de 2017, que modifica la Ley 1708 de 2014 (Código de Extinción de Dominio), en su artículo 13A parágrafo 2º (sic), se menciona el curso de los bienes afectados dentro de un proceso, como el de marras, y esto es, que cuando en la sentencia se omite el pronunciamiento definitivo sobre bienes afectados con fines de comiso, la Defensa, Fiscal o Ministerio Público podrán solicitar la adición de la decisión preferida dentro de los 6 meses siguientes, con el fin de obtener el respectivo pronunciamiento.

En consecuencia, manifiesta que la norma señala que la competencia para decidir sobre los bienes afectados en el proceso penal para disponer su devolución, radica en los Jueces de Conocimiento; sin embargo, dado que no existe claridad absoluta sobre el procedimiento a seguir, atendiendo al artículo 54 del C.P.P., resolvió remitir el asunto a esta Corporación a efecto de que se definiera la competencia.

2. CONSIDERACIONES

2.1. COMPETENCIA

De conformidad con el numeral 5° del artículo 34 del Código de Procedimiento Penal, le corresponde a la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto definir la competencia de los jueces del circuito del mismo distrito, o municipales de diferentes circuitos.

2.2. ESTUDIO DEL CASO

Como se indicó en el acápite de antecedentes, por hechos ocurridos el 12 de abril de 2017, fueron capturados los señores SOÁB y LOÁT, actuación que en audiencia preliminar ante el Juzgado Promiscuo Municipal del Peñol (N) del 13 del mismo mes y año, fue declarada legal, así como la incautación realizada de elementos, entre ellos el vehículo automotor que habría sido utilizado en la comisión del ilícito; de igual manera se les formuló imputación y se decretó en su contra medida de aseguramiento consistente en detención preventiva domiciliaria.

Mediante sentencia proferida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Pasto, los citados ciudadanos fueron condenados por la comisión del punible de Tráfico de sustancias para el procesamiento de narcóticos, sin que en dicha oportunidad, se haya hecho mención respecto del bien involucrado dentro de la actuación penal.

Posteriormente, o de manera concomitante, no existe claridad al respecto dentro de la carpeta puesta a disposición a esta Sala, el bien incautado fue sometido a trámite de extinción de dominio, dentro del cual mediante auto del 24 de abril de 2018, se dispuso su archivo al considerar que había ausencia de interés del Estado frente a la persecución de dicho bien.

En ese entendido, se concluye que el bien mueble se encuentra vinculado a la actuación penal desde la fecha de su incautación, actuación que fue avalada por un Juez de Control de Garantías que declaró su legalidad, no obstante, su situación jurídica quedó en el limbo pese a que el proceso penal al que accede ya finalizó con sentencia condenatoria ejecutoriada, y que el trámite de extinción de dominio se archivó liberando cualquier compromiso del bien para esos efectos.

Ahora bien, el artículo 88 del C.P.P. excluyendo los apartes declarados inexequibles en la sentencia C-591 de 2014, reza:

> *"**Artículo 88. Devolución de bienes.** Antes de formularse la acusación, y en un término que no puede exceder de seis meses, serán devueltos los bienes y recursos incautados u ocupados a quien tenga derecho a recibirlos cuando no sean necesarios para la indagación o investigación, o se determine que no se encuentran en una circunstancia en la cual procede su comiso; sin embargo, en caso de requerirse para promover acción de extinción de dominio dispondrá lo pertinente para dicho fin.*
>
> *En las mismas circunstancias, a petición del fiscal o de quien tenga interés legítimo en la pretensión, el juez que ejerce las funciones de control de garantías dispondrá el levantamiento de la medida de suspensión del poder dispositivo."*

Situación que en el presente asunto no se aplicó, puesto que la petición sobre la devolución de bienes no se presentó antes de formularse la acusación, en un término que no excediera de 6 meses.

Por otra parte, el artículo 90 del mismo estatuto procedimental señala:

> ***"Artículo 90. Omisión de pronunciamiento sobre los bienes. *Declarado CONDICIONALMENTE exequible**** *Si en la sentencia o decisión con efectos equivalentes se omite el pronunciamiento definitivo sobre los bienes afectados con fines de comiso, la defensa, el fiscal o el Ministerio Público podrán solicitar en la misma audiencia la adición de la decisión con el fin de obtener el respectivo pronunciamiento."*

Disposición que se integra con el artículo 26 de la Ley 1849 de 2017 (Por medio del cual se modifica y adiciona la ley 1708 de 2014 "código de extinción de dominio" y se dictan otras disposiciones), que en la parte pertinente indica:

> *"Artículo 26. Adiciónese el artículo 13A a la Ley 1615 de 2013, el cual quedará así:*
> *...*
> *Parágrafo 2°. Cuando en la sentencia o decisión con efectos equivalentes se omite el pronunciamiento definitivo sobre los bienes afectados con fines de comiso, la defensa, el Fiscal o el Ministerio Público podrán solicitar la adición de la decisión proferida, dentro de los seis meses siguientes, con el fin de obtener el respectivo pronunciamiento.".*

Ante este panorama normativo, se establece tal como lo aduce la Jueza trabada en conflicto, que se presentan varios vacíos que impiden tener claridad en cuanto a la autoridad competente para resolver sobre la petición de la devolución del automotor en las condiciones ya señaladas, y vemos que es así porque por un lado el artículo 88 del C.P.P. impone no solo un límite temporal de 6 meses, sino también uno jurídico que se define por la formulación de la acusación; y por otra parte, los artículos 90 del C.P.P., y parágrafo 2º del artículo 26 de la Ley 1849 de 2017, hacen referencia a las partes legitimadas para solicitar la adición de la decisión, que son la defensa, el Fiscal o el Ministerio Público, pero nada se dice respecto de terceros que puedan tener interés en el pronunciamiento de fondo respecto de bienes vinculados al proceso penal.

Siendo así, corresponde realizar un estudio sistemático que nos permita encontrar un camino procesal, ante todo dirigido a solventar la necesidad de un usuario de la justicia que requiere una solución para sus intereses patrimoniales como ocurre en el *sub examine*.

Para el efecto es importante establecer el contexto jurídico en el cual se inserta la exigencia de un pronunciamiento por parte del Juez de Conocimiento cuando se emite sentencia sin que se defina la situación jurídica de los bienes afectados con fines de comiso vinculados al proceso, que corresponde a la institución jurídica de la adición de sentencias, como una de las excepciones al principio de irreformabilidad de las mismas al lado de figuras como la aclaración o corrección.

En ese contexto, encontramos normas como el artículo 412 de la Ley 600 de 2000, que establece que la adición se realizará *"por omisiones sustanciales en la parte resolutiva"*.

Asimismo el artículo 287 del Código General del Proceso, al que se puede acudir en virtud del sistema de complementación e integración regulado en el artículo 25 del C.P.P., indica:

> *"Cuando la sentencia omita resolver sobre cualquiera de los extremos de la litis o sobre cualquier otro punto que de conformidad con la ley debía ser objeto de pronunciamiento, deberá adicionarse por medio de sentencia complementaria, dentro de la ejecutoria, de oficio o a solicitud de parte presentada en la misma oportunidad.*
>
> *El juez de segunda instancia deberá complementar la sentencia del inferior siempre que la parte perjudicada con la omisión haya apelado; pero si dejó de resolver la demanda de reconvención o la de un proceso acumulado, le devolverá el expediente para que dicte sentencia complementaria.*
>
> *Los autos solo podrán adicionarse de oficio dentro del término de su ejecutoria, o a solicitud de parte presentada en el mismo término.*
>
> *Dentro del término de ejecutoria de la providencia que resuelva sobre la complementación podrá recurrirse también la providencia principal".*

Significa lo anterior, que la adición se realizará respecto de puntos planteados como sustanciales y principales sobre los que las partes hayan pedido pronunciamiento y la autoridad encargada de resolver lo hubiere omitido.

Entonces, para nuestro trámite procesal penal, debemos definir o establecer cuál es el acto procesal que enmarca esas pretensiones en especial en lo que corresponde al tema de bienes, encontrando que conforme lo regula el artículo 82 del C.P.P., lo es la formulación de acusación que corresponde al límite jurídico hasta el cual se podrá tramitar la devolución de bienes siempre y cuando se defina que no son necesarios para la indagación o investigación, o se determine que no se encuentran en una circunstancia en la cual procede su comiso, lo cual resulta concordante con el principio de congruencia regulado en el artículo 448 ibídem, respecto de la responsabilidad del procesado.

Siendo así, lo que debe establecerse es sí en el escrito de acusación o en su formulación, la Fiscalía requiere el comiso de los bienes que hayan sido incautados con esos fines, para establecer la necesidad de que la sentencia sea adicionada por omisión de la resolución de una de las pretensiones sustanciales, como lo establece el artículo 90 del C.P.P., lo que puede hacerse incluso, durante los 6 meses siguientes a la emisión de la sentencia, según el parágrafo 2º del artículo 26 de la Ley 1849 de 2017 a solicitud de la defensa, el Fiscal o el Ministerio Público. Pero vemos que en el caso que nos ocupa no se encuentra acreditado dicho aspecto, como tampoco que se haya realizado alguna solicitud en el preacuerdo o en últimas en la audiencia cuyo trámite se encuentra previsto en el artículo 447 del C.P.P.

Lo anterior nos lleva a determinar que no hubo omisión de pronunciamiento por parte del Juzgado de Conocimiento, por la potísima razón de que no hubo solicitud o valga el término acuñado en materia procesal, no hubo pretensión dirigida al comiso, y si es así no resultan aplicables los artículos 90 del C.P.P. y parágrafo 2º del 26 de la Ley 1849 de 2017.

Es más, y aún si se aceptara o se demostrara que hubo una solicitud en ese sentido en cualquiera de los escenarios procesales aludidos, el pronunciamiento que debe adelantar el Juez de Conocimiento se centrará en decidir sobre la procedencia o no del comiso, institución jurídica que difiere del trámite procesal relacionado con la devolución de bienes, que puede quedar condicionado a la necesidad de que siga vinculado para efectos de indagación o investigación cuando se trata de varios procesados o delitos y hay ruptura de la unidad procesal o inclusive si se requiere para que se adelante el trámite de extinción de dominio, de ahí que aún de resolverse de manera negativa, es decir sobre la improcedencia del comiso, debe el bien quedar aún a disposición de la Fiscalía para que se evalúe estos aspectos.

Siendo así, persisten para la solicitud elevada por la señora OSÁB acerca de la devolución del vehículo tipo camión, color rojo, de placas SBN-880, un vacío normativo en cuanto a la autoridad competente para resolver sobre la misma, ya que no se acreditó la omisión de pronunciamiento por parte del Juez de Conocimiento.

Pero en concreto lo que se tiene por el momento, es que el bien solicitado fue vinculado al trámite procesal con fines de comiso por orden de un Juez de control de Garantías, igualmente que no se solicitó el comiso por la Fiscalía y que tampoco se ordenó sobre él la extinción de dominio, lo cual otorgó la oportunidad a un tercero para que requiera su devolución.

Entonces, no resulta desacertada la postura asumida en el trámite de extinción de dominio conocida y registrada por la Jueza que plantea el conflicto, para que sea un Juez de Control de Garantías el que cancele las órdenes por las cuales el bien resultó vinculado al proceso penal, ya que ***(i)*** la incautación la legalizó un Juzgado con dicha categoría, razón por la cual se debe acudir al principio de dogmática jurídica según el cual *"en derecho las cosas se deshacen como se hacen";* y ***(ii)*** teniendo en cuenta la cláusula general de competencia de los Jueces con Función de Control de Garantías, establecida en los artículos 153 y 154 de la Ley 906 de 2004, normatividad que dispone:

> ***"Artículo 153. Noción.*** *Las actuaciones, peticiones y decisiones que no deban ordenarse, resolverse o adoptarse en audiencia de formulación de acusación, preparatoria o del juicio oral, se adelantarán, resolverán o decidirán en audiencia preliminar, ante el juez de control de garantías.*
>
> ***Artículo 154. Modalidades. *Modificado por la Ley 1142 de 2007, nuevo texto:*** *Se tramitará en*

audiencia preliminar:

1. El acto de poner a disposición del juez de control de garantías los elementos recogidos en registros, allanamientos e interceptación de comunicaciones ordenadas por la Fiscalía, para su control de legalidad dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes.
2. La práctica de una prueba anticipada.
3. La que ordena la adopción de medidas necesarias para la protección de víctimas y testigos.
4. La que resuelve sobre la petición de medida de aseguramiento.
5. La que resuelve sobre la petición de medidas cautelares reales.
6. La formulación de la imputación.
7. El control de legalidad sobre la aplicación del principio de oportunidad.
8. Las peticiones de libertad que se presenten con anterioridad al anuncio del sentido del fallo.
9. Las que resuelvan asuntos similares a los anteriores.".

Ante esta realidad, la solicitud de entrega del bien, debe ser resulta en audiencia preliminar, teniendo en cuenta que se trata de una resolución sobre asuntos similares a la que dirime sobre la petición de medidas cautelares, en este caso, la incautación.

Por lo antedicho, la competencia para conocer sobre la devolución de un bien mueble involucrado en la comisión del ilícito de la referencia, afectado con fines de comiso, como consecuencia de la petición elevada por la propietaria, señora OSÁB, radica y se asignará en cabeza del Juzgado Segundo Penal Municipal en Función de Control de Garantías Ambulante de Pasto.

Corolario de lo expuesto, se remitirá el expediente al referido Juzgado, para lo de su cargo.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Pasto, en Sala de Decisión Penal,

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR que el competente para conocer sobre la devolución de un bien mueble involucrado en la comisión del ilícito de la referencia, afectado con fines de comiso, como consecuencia de la petición elevada por la propietaria, señora OSÁB, es el Juzgado Segundo Penal Municipal en Función de Control de Garantías Ambulante de Pasto.

SEGUNDO: REMITIR el presente asunto al Juzgado Segundo Penal Municipal en Función de Control de Garantías Ambulante de Pasto, para lo de su competencia.

TERCERO: COMUNICAR esta decisión al Juzgado Segundo Penal Municipal en Función de Control de Garantías Ambulante de Pasto, así como a los sujetos procesales, indicándoles que la misma no es susceptible de recurso alguno.

CÚMPLASE,

BLANCA LIDIA ARELLANO MORENO
Magistrada

SILVIO CASTRILLÓN PAZ
Magistrado

ANA JULIETA ARGÜELLES DARAVIÑA
Magistrada

MIGUEL ÁNGEL SÁNCHEZ ACOSTA
Secretario

DECLARACIÓN DE MENOR ANTERIOR AL JUICIO ORAL – PRUEBA DE REFERENCIA: Admisibilidad de ingreso al juicio como prueba de referencia, en eventos relacionados con delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales.
DERECHOS DE LOS MENORES VÍCTIMAS DE DELITOS SEXUALES – Prevalencia sobre el Derecho de No Incriminación.

Al tratarse de un menor víctima de abuso sexual, en aras de garantizar el interés superior, el principio Pro Infans y evitar la revictimización, es procedente la admisibilidad de la prueba de referencia, en este caso, las declaraciones rendidas por el menor y su madre, las cuales fueron presentadas a través de las bases de opinión pericial, practicadas garantizando los derechos del menor y que pueden ser valoradas, pese a que en el juicio oral no se presentó al infante y la madre decidió ejercer su derecho a no declarar en contra del acusado por circunstancias de parentesco, en tanto al estar de por medio los derechos de menores de edad víctimas de afectaciones en contra de su libertad, integridad y formación sexuales, se configura una excepción a la exoneración al deber de denunciar y declarar; por consiguiente no se genera ilicitud en las pruebas arrimadas al debate oral.

TESTIMONIO DE MENOR VÍCTIMA DE ABUSO SEXUAL – VALORACIÓN: Estudio de factores objetivos que permiten verificar periféricamente el asunto, para afirmar o disminuir su credibilidad.
PRUEBA DE REFERENCIA - El testimonio rendido por el perito, no ostenta tal calidad.
FUNDAMENTO PROBATORIO DE LA SENTENCIA CONDENATORIA – Esta no puede sustentarse únicamente en prueba de referencia.
IN DUBIO PRO REO - El grado de certeza lo excluye de plano.

Del análisis en conjunto del material probatorio aducido al juicio oral, se establece que existe la certeza necesaria acerca del delito y la responsabilidad penal del acusado, pues no obstante, el menor víctima no testificó en juicio, las declaraciones anteriores a éste, son admisibles de manera autónoma como prueba de referencia, siendo introducidas a través de los testimonios de las profesionales que lo atendieron y sus bases de opinión pericial; quienes además, al adquirir conocimiento directo y personal sobre los puntos que son objeto de sus valoraciones, exámenes o análisis, no constituyen prueba de referencia, sino directa, que respaldada con otros medios de conocimiento, como las manifestaciones realizadas por su progenitora ante dichas profesionales y su declaración parcial rendida en juicio, a pesar de haber ejercitado su derecho de no incriminación, y la existencia de varios elementos de corroboración periférica que permiten otorgar credibilidad a la versión de la víctima, hacen procedente proferir sentencia condenatoria. /

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PASTO

SALA DE DECISIÓN PENAL

Magistrada Ponente:	Blanca Lidia Arellano Moreno
Asunto:	Apelación sentencia condenatoria
Delito:	Actos Sexuales con Menor de 14 años
Acusado:	M.A.N.I.
Proceso No:	523996000521 2015 80070 01 N.I. 17233
Aprobación:	Acta N° 04 del 13 de febrero de 2018

San Juan de Pasto, primero (1º) de marzo de dos mil dieciocho (2018)

OBJETO DE LA DECISIÓN

Corresponde al Tribunal resolver el recurso de apelación interpuesto por el defensor del acusado, contra la sentencia dictada el día 15 de abril de 2016 por medio de la cual el Juzgado Penal del Circuito de La Unión impuso

sentencia condenatoria en contra de **M.A.N.I.**, por hallarlo responsable como autor a título de dolo, del delito de Acceso carnal abusivo con menor de catorce años agravado descrito en los artículos 208 y 211-5 del C.P.

1. LOS HECHOS JURÍDICAMENTE RELEVANTES

De acuerdo a la prueba recaudada en el Juicio Oral en cuanto a los fácticos que son objeto de la sentencia, se determina que tuvieron ocurrencia el día 15 de abril de 2015, en la habitación de M.A.N.I. de dieciocho (18) años de edad, quien so pretexto de jugar al papá y a la mamá con su primo J.C.H.J. de aproximadamente cinco (5) años de edad, le introdujo su pene en la boca.

2. ACTUACIÓN PROCESAL

Considerando los fácticos descritos previamente, la Fiscalía solicitó la captura de **M.A.N.I.**, la que se hizo efectiva y como consecuencia el 18 de mayo de 2015, se realizaron las audiencias concentradas de legalización de captura, formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento ante el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de La Unión con funciones de Control de Garantías, donde se acreditó que la aprehensión fue legal, para seguidamente la Fiscalía atribuirle cargos como autor a título de dolo de los delitos de Acceso Carnal Abusivo con menor de 14 años, agravado por el parentesco, conforme a los artículos 208 modificado por el artículo 4º de la Ley 1236 de 2008, y 211-6 (sic) del C.P., en concurso heterogéneo con el delito de Actos sexuales con menor de catorce años agravado por el parentesco, previsto en el artículo 209 modificado por el artículo 5º de la Ley 1236 de 2008 del C.P[1]; cargos no aceptados por el imputado.

Posteriormente, la señora Jueza impuso la medida de aseguramiento solicitada por la Fiscalía consistente en detención preventiva en centro de reclusión carcelaria.

Prosiguiendo el trámite correspondiente, la Fiscalía, presentó escrito de acusación el 13 de agosto de 2015; acto seguido, el 14 de septiembre del mismo año, se llevó a cabo la audiencia de formulación de acusación, manteniendo los componentes fácticos y jurídicos de la imputación aunque se corrige el número de la causal de agravación derivada del parentesco entre acusado y víctima que corresponde al numeral 5º.

El día 3 de noviembre de 2015, se realizó audiencia preparatoria, en tanto que la audiencia de juicio oral se instaló el día 26 de noviembre de 2015, la cual fue suspendida a petición de la Fiscalía para continuarla luego de varios aplazamientos los días 3 y 16 de marzo de 2016, fecha esta última donde se emitió sentido de fallo condenatorio y se realizó la audiencia de individualización de la pena, para dictarse sentencia condenatoria teniendo en cuenta únicamente los hechos que tuvieron ocurrencia el día 15 de abril de 2016, por el delito de Acceso carnal abusivo con menor de 14 años agravado, conforme a lo tipificado en los artículos 208 y 211-5 del C.P., en tanto que por los otros hechos al establecer que posiblemente tuvieron ocurrencia cuando el acusado era menor de edad, declaró su incompetencia para emitir pronunciamiento de fondo y ordenó la compulsa de copias para que se adelante la investigación conforme al procedimiento establecido en la Ley 1098 de 2006.

La anterior decisión fue apelada únicamente por el abogado defensor, quien presentó la sustentación en el término de ley sin que las demás partes o intervinientes hicieran alguna intervención al respecto.

3. LA SENTENCIA APELADA

En primer término el Juez de primera línea presentó el componente fáctico de su decisión, prosiguiendo con los datos del acusado y un resumen de los alegatos finales presentados en juicio; luego, hizo una breve referencia a los antecedentes procesales.

Ya en las consideraciones, reseña las premisas jurídicas contenidas en los artículos 7 y 381 de C.P.P. y 29 constitucional, así como el artículo 208 del C.P. que establece el delito por el cual se impone condena, planteando enseguida los problemas jurídicos en cuanto a la responsabilidad del acusado, las valoraciones hechas al menor, la validez de sus declaraciones expuestas ante profesionales de la salud y el hecho de que tanto él como su madre no hayan

[1] CD Audiencias preliminares minuto 01:14:55

declarado en la audiencia de juicio.

Sobre lo último el juez explica que si bien la madre de la víctima hizo uso del derecho de no declarar en contra del acusado quien es su sobrino, no genera efectos respecto de las versiones suministradas por su hijo como menor víctima ante las profesionales de la salud que atendieron su caso, ya que son potestades de carácter autónomo e irrenunciable, ante las cuales el Estado asume el deber de garantía y protección en aras de no revictimizar a los menores que han sido víctimas de delitos que atenten contra su libertad, integridad y formación sexual, razón de más por la que aceptó la justificación expuesta por la representante del infante al aducir que no lo presentaba en juicio porque se encontraba superando el trauma que le ocasionó el delito.

Agrega que si bien el artículo 385 del C.P.P., busca la protección de la unidad familiar, ello se atenúa cuando están de por medio derechos de los menores de edad que son prevalentes, en aplicación del principio pro infancia, según se establece en los tratados internacionales, leyes y la jurisprudencia nacional según lo enseñan la Corte Constitucional en la sentencia C-848 de 2014 y la Corte Suprema de Justicia, en decisión de 28 de octubre de 2015, radicado 44056, M.P. Patricia Salazar Cuéllar.

Siendo así, los relatos realizados por el menor ante la psicóloga del ICBF y la médica del Hospital Eduardo Santos, constituyen piezas procesales para decidir el caso, y son atendibles aún si no se cuenta con el dictamen de un experto o perito, dada la libertad probatoria de la sistemática de la Ley 906 de 2004, actuación que además no fue adelantada de forma ilícita o ilegal, dado el consentimiento de la madre quien fue enterada de las consecuencias y la importancia de las valoraciones, sin que se haya demostrado que sus resultados fueron obtenidos por medios fraudulentos, por lo que cumplen los requisitos de validez y eficacia.

Se tiene en cuenta además que la investigación inició por la denuncia presentada por la madre del menor, y aunque no haya declarado en juicio por circunstancias de parentesco, según la Sentencia 848 de 2014 de la Corte Constitucional, dicha excepción al deber de declarar no se aplica cuando se trate de menores de edad que hayan sido víctimas de delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales.

Se conoce así el relato del menor que realizó a la psicóloga y si bien ella no tuvo la oportunidad de apreciar de manera directa los hechos, si percibió sus gestos y actitud al momento en que rinde la entrevista que fue semiestructurada, determinando que no se trata de un invento o un estado alterado de conciencia de la víctima, sino de un relato coherente, consistente, con alto grado de credibilidad, dada la edad del menor quien le manifestó además su deseo de olvidar lo sucedido, sentimiento que no se puede tener respecto de un juego inocente sino de un hecho traumático.

La profesional de la medicina Dra. LEIDY DIANA ROSERO PATIÑO, quien realizó la valoración sexológica, también se enteró de lo sucedido, ya que el infante J.C.H.J. en medio del llanto le suministró información acerca del abuso sexual proveniente de su primo M.

De esa forma el *a quo* determina que efectivamente el delito existió y que su autor es **M.A.N.I.** aunque se aparta de conocer los hechos sucedidos para cuando el acusado era menor de edad, y se centra en lo acontecido el 15 de abril de 2015. Encuentra demostrado también con base en los registros civiles de nacimiento de SIT y ACJT descendientes de BITM, el grado de parentesco entre el acusado y la víctima, y por ende el agravante del numeral 5º del artículo 211 del C.P.

M.A.N.I., atentó contra el bien jurídicamente protegido de la libertad, integridad y formación sexuales del menor J.C.H.J., aunque no siempre las víctimas de este tipo de delitos presentan afectación o trastorno emocional, intelectual o psicológico, pues en muchas ocasiones dada la edad e inmadurez mental, difícilmente pueden comprender el alcance de la agresión sexual y menos las secuelas que puedan presentar, de ahí la tipificación establecida por el legislador que reprime todo acto de índole erótico sexual ejecutado contra menor de 14 años.

También es culpable a título de dolo, porque tenía conocimiento de la ilicitud de su actuar, cuando el menor J.C.H.J. al ser familiar y por su desarrollo físico y mental, no podía otorgar el consentimiento para disponer de su sexualidad, actuar que no tiene justificación ni causal de ausencia de responsabilidad, por lo cual es merecedor del reproche penal.

De este modo, el juez de primera instancia, considerando lo establecido en el artículo 381 del C.P.P., declaró responsable penalmente a **M.A.N.I.,** a título de dolo, por la comisión del delito de Acceso Carnal Abusivo con menor de 14 años agravado - artículos 208 y 211 No. 5º C.P., imponiendo la pena de prisión de 192 meses y la accesoria de inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término.

Asimismo, solicitó al ICBF, que tanto el menor víctima como su familia, tengan el acompañamiento y asesoría necesarios para superar dicha circunstancia y adicionalmente la compulsa de copias para que se continúe con la investigación por los hechos ocurridos antes del 20 de enero de 2015, para cuando el acusado era menor de edad.

Finalmente el despacho de primer nivel, se refirió a los mecanismos sustitutivos de la pena, los cuales por las características del delito no pueden ser otorgados como beneficios al acusado.

4. LA SUSTENTACIÓN DEL RECURSO

La defensa arguye que el a quo realizó una indebida apreciación y valoración de la prueba de referencia aportada por la Fiscalía, la cual consiste en las declaraciones realizadas por la Dra. EMMA ALEXANDRA MUÑOZ CÓRDOBA psicóloga de Bienestar Familiar y la Dra. LEYDY DIANA ROSERO PATIÑO, médica de Servicio Social Obligatorio del Hospital Eduardo Santos del municipio de La Unión-Nariño, las que no pueden servir de fundamento de una sentencia de tipo condenatorio, cuando además no se encuentra prueba directa que haya ingresado al juicio.

Pone de manifiesto que la señora ACJ invocó su derecho a no declarar en contra del acusado por el grado de parentesco, según lo previsto en los artículos 33 de la CN y 385 del C. de P.P. el que hizo extensivo a su hijo menor J.C.H.J. como víctima para no presentarlo en juicio, razón por la cual los EMP presentados en juicio constituyen prueba ilícita y quebrantan los derechos fundamentales del debido proceso y defensa.

Siendo así, la Fiscalía no logró demostrar en juicio más allá de toda duda razonable la responsabilidad del acusado.

Para sustentar su posición, la defensa inicialmente realiza una reproducción de apartes de los testimonios de EMMA ALEXANDRA MUÑOZ CÓRDOBA y LEYDY DIANA ROSERO PATIÑO[2] para luego resaltar que si bien tienen valor y validez probatorios, solo lo son en calidad de pruebas de referencia, ya que claramente manifiestan que realizaron la entrevista y diálogo con el menor que estuvo acompañado de la madre, con posterioridad a los presuntos hechos ocurridos el 15 de abril de 2015, por lo que son precarias y dudosas frente a sus conclusiones, son aisladas en sus conceptos científicos y confusas en sus apreciaciones.

Sin embargo, el Juez de conocimiento otorga plena validez a los testimonios de las profesionales por haber tenido contacto directo con el menor víctima y haber conocido de primera mano su dicho, lo que considera constituye una valoración inadecuada pues las testigos tratan de establecer conclusiones sobre la existencia de un delito de actos sexuales abusivos, sin acreditar la condición de perito judicial, sino tan solo que una de ellas es una profesional en psicología clínica, que lejos está de tener la formación y criterio profesional para emitir un concepto como el que se exige en este tipo de proceso, en el que se debe acreditar el título de perito judicial.

Por lo anterior se presentan confusiones en el testimonio de la psicóloga que se pusieron en evidencia en el contrainterrogatorio de la defensa, lo que permite concluir que no se le podía dar el valor probatorio que el juez de conocimiento le otorgó para fundamentar la responsabilidad del procesado.

Igualmente, la defensa indica que en el testimonio de la psicóloga se hace referencia a una entrevista semiestructurada, tipo de valoración psicológica que exige unas condiciones técnicas distintas a las expuestas.

Luego de lo anterior, el apoderado del acusado según consta a folios 93 a 96 de la carpeta principal, pasa a reproducir sin hacer la citación jurisprudencial que corresponde, el texto literal de la sentencia de la CSJ radicado 38773, del 27 de febrero de 2013, MP María del Rosario González Muñoz, del acápite titulado *"Naturaleza y alcance de la prueba de referencia"*. Luego, en los folios 97 a 103 de la carpeta principal reproduce sin mencionar

[2] Fls. 86 a 92

la fuente varios apartes de la sentencia de la CSJ radicado 32829 del 17 de marzo de 2010, MP Sigifredo Espinosa Pérez, y simplemente cambia uno de los nombres que se citan en la providencia por el de la madre del menor del presente asunto.

5. CONSIDERACIONES DE LA SALA

5.1. COMPETENCIA

Esta Corporación, es competente para desatar el recurso de apelación interpuesto por la defensa, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 34 numeral 1º de la Ley 906 de 2004.

5.2. PROBLEMAS JURÍDICOS

Conforme a los cuestionamientos formulados por la parte apelante, la Sala verificará si la prueba allegada al juicio, permite adquirir el conocimiento más allá de toda duda, acerca del delito y la responsabilidad penal del señor **M.A.N.I**. para proferir en su contra sentencia condenatoria.

Para asumir una posición frente a lo anterior, será necesario resolver de manera previa los siguientes aspectos:

> *i) La Sala se ocupará en primer término de determinar si se demostró la existencia y contenido de las declaraciones anteriores al Juicio Oral, rendidas por el menor J.C.H.J. como víctima y su madre.*
>
> *ii) Si se supera el anterior cuestionamiento se establecerá si la decisión de la madre de la víctima señora ACJT de no declarar en juicio en contra del acusado por el parentesco de consanguinidad, dado que es sobrino, genera ilicitud en las pruebas arrimadas a juicio.*
>
> *iii) También será menester determinar si los reparos realizados por la defensa respecto de la idoneidad de la psicóloga EMMA ALEXANDRA MUÑOZ CÓRDOBA y la médica LEYDY DIANA ROSERO PATIÑO, mengua su credibilidad.*
>
> *iv) Finalmente se establecerá si la sentencia de condena que se impone en contra del acusado por parte del Juzgador se fundamenta únicamente en prueba de referencia.*

Para resolver, la Sala revisará los siguientes aspectos: ***i)*** Existencia y contenido de una declaración anterior al juicio oral, ***ii)*** Admisibilidad de las pruebas de referencia en casos de delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales que afectan a menores de edad, ***iii)*** Ejercicio del derecho de no incriminación en contra de integrantes de la familia, en los casos de menores de edad, víctimas de delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, y ***iv)*** Las declaraciones de los peritos como prueba directa o de referencia.

5.3. ESTUDIO DEL CASO

La sustentación de la apelación que presenta la defensa comprende en parte la transliteración de los testimonios de la psicóloga EMMA ALEXANDRA MUÑOZ CÓRDOBA y la médica LEYDY DIANA ROSERO PATIÑO, así como la reproducción del contenido de dos sentencias de la CSJ, sin embargo, es posible extractar de algunos de sus apartes los puntos de desacuerdo que por su relevancia e incidencia en la sentencia de condena, se pasan a examinar por la Sala conforme a los problemas jurídicos planteados que enseguida se abordan, para establecer si hay o no lugar a la revocatoria que requiere el apelante.

i) Existencia y contenido de las declaraciones anteriores al juicio oral y prueba de referencia

Se evidencia en el *sub examine* que la Fiscalía no aportó en el juicio la denuncia de la señora ACJT que dio curso a la investigación penal, como tampoco las entrevistas del menor que se hubieran podido recaudar por personal asistencial o investigativo de dicha institución; por lo que sus versiones fueron introducidas a través de las bases de opinión pericial presentadas por la psicóloga EMMA ALEXANDRA MUÑOZ CÓRDOBA y la médica LEYDY DIANA ROSERO PATIÑO; de tal manera que antes de analizar lo concerniente al derecho de no incriminación sobre el cual

realiza sus reparos la defensa, es importante determinar si los registros realizados en la forma indicada, pueden catalogarse como prueba de referencia para ser introducidas en juicio, pues de establecerse su inexistencia no sería del caso pasar a estudiar el contenido de tales declaraciones.

Al respecto, la Alta Corporación penal[3], fue exhaustiva en explicar que no toda declaración rendida por fuera del juicio oral, puede catalogarse de manera automática como prueba de referencia, y explicó lo siguiente:

> *"En la práctica judicial suele confundirse la declaración que constituye prueba de referencia (la realizada por fuera del juicio oral, que se lleva al juicio oral como medio de prueba), con el medio utilizado para demostrar que esa declaración existió y cuál es su contenido. En estos casos es fundamental preguntarse "quién es verdaderamente el declarante que testifica en su contra –del acusado[4]", y, como bien se indica en el artículo 437 de la Ley 906 de 2004, sólo puede serlo el testigo que tuvo conocimiento de los hechos y entregó su versión por fuera del juicio oral, mas no el testigo que comparece al juicio a declarar sobre la existencia y contenido de esa declaración. En términos simples, siempre debe indagarse quién es el testigo de cargo y, en consecuencia, frente a quién se activa para el acusado el derecho a la confrontación.*
>
> *Si una parte pretende aducir como prueba de referencia una declaración anterior al juicio oral, asume la carga de demostrar que esa decisión existió y que su contenido es el que alega según su teoría del caso. Frente a este aspecto también opera el principio de libertad probatoria, según lo indicó la Sala en la decisión CSJ SP, 28 de Oct. 2015, Rad. 44056, donde además se analizó todo el proceso de incorporación de una declaración anterior a título de prueba de referencia.*
> *(…)*
> *En síntesis, considera la Sala que la demostración de la existencia y contenido de una declaración anterior al juicio oral se rige por las siguientes reglas: (i) se trata de un problema probatorio y, en consecuencia, está regido por el principio de libertad probatoria que inspira toda la actuación penal; (ii) La Ley 906 de 2004, en sus artículos 206 y 146, establece la obligación de documentar de la mejor manera posible las actuaciones de la Fiscalía y la Policía Judicial, lo que fue reiterado en la Ley 1652 de 2013; (iii) la Fiscalía tiene la obligación de procurar el mejor registro posible de las entrevistas o declaraciones juradas, principalmente cuando tienen clara vocación de ser incorporadas en el juicio oral a título de prueba de referencia, para facilitar el ejercicio de los derechos del acusado, reducir los debates frente a este aspecto y brindarle mejores elementos al juez para la valoración del medio de conocimiento, y (iv) en cada caso debe evaluarse si se demostró o no la existencia y contenido de la declaración anterior al juicio oral que pretende aducirse como prueba de referencia, según las reglas generales y específicas de valoración probatoria.".*

Y en otro aparte explicó la Corte:

> *"… una declaración incriminatoria no pierde su carácter porque (i) haya sido rendida por un menor de edad o un adulto, (ii) se documente de una determinada manera, o su existencia y contenido se demuestre a través de testimonios y/o dictámenes periciales, o (iii) legalmente se le denomine de una determinada manera: evidencia física, prueba documental, elemento material probatorio, etcétera".*

Entonces, como se acaba de ver, se trata de un tema de tipo probatorio, en el que opera el principio de libertad, lo que permite a esta Sala establecer como existentes las versiones del menor J.C.H.J. y su madre ACJT documentadas a través de las bases de opinión pericial de la psicóloga y médica que se introdujeron en juicio, y que al haberse adelantado con las advertencias y previsiones legales, se presentan como el mejor registro que fue posible recaudar dada la corta edad del menor víctima, quien siempre estuvo acompañado de su madre, como su representante legal.

[3] CSJ, SP 16 mar 2016, rad. 43866 MP Patricia Salazar Cuéllar
[4] Tribunal Supremo de Puerto Rico, Puerto Rico vs Ángel Santos (2012)

Se tiene en consecuencia demostrada la existencia y contenido de las declaraciones anteriores al Juicio Oral, rendidas por el menor J.C.H.J. como víctima y su madre a través de las bases de opinión pericial presentadas por la psicóloga EMMA ALEXANDRA MUÑOZ CÓRDOBA y la médica LEYDY DIANA ROSERO PATIÑO.

Luego de lo anterior, se pasa a estudiar el reproche realizado por la defensa acerca de la ilicitud de las pruebas que se deriva según su posición del ejercicio del derecho de no incriminación

ii) Derecho de no incriminación ejercido por la madre del menor víctima

La defensa apelante entiende que el hecho de que ACJT madre del menor, ejerció su derecho a no declarar en contra del acusado por el grado de parentesco, según lo previsto en los artículos 33 de la CN y 385 del C. de P.P., ello se hace extensivo a su hijo menor J.C.H.J. como víctima y por ello la prueba presentada en juicio es ilícita.

Sin embargo, tal aseveración no se sustenta suficientemente ya que por un lado no se explica de qué manera el ejercicio del derecho aludido afecta las pruebas obtenidas en el juicio diferentes a las que provienen de la precitada y por otra parte como en su momento lo explicó el *a quo* los derechos del menor se deben atender de manera autónoma a los de su madre.

La problemática que se presenta no es extraña en procesos que se siguen por la comisión de delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, para la generalidad de las víctimas y mucho más cuando se encuentran de por medio niños, niñas y adolescentes (En adelante NNA) cuyos derechos se han vulnerado por parte de familiares o allegados, asuntos en los que conforme se avanza en sus diferentes fases las víctimas asumen así mismo diferentes posiciones y adoptan decisiones con repercusiones que se deben afrontar y analizar según la etapa de que se trate.

Es así, como en este caso y en un momento inicial, la señora ACJT ante la primera reacción de su hijo cuando llega a buscarlo y sale de la habitación de su primo, comprende que algo inusual estaba sucediendo, por lo que trató de obtener información con el mismo menor para confirmar o descartar su sospecha de un posible abuso sexual y al percatarse de la gravedad de la situación decide de manera natural y como reacción a tal agresión poner en conocimiento de las autoridades los hechos, lo que implica en esas fases, la presentación de la víctima para los exámenes correspondientes, con un nivel de colaboración que indica claramente el deseo de que se investigue la conducta del agresor.

Luego, surge la necesidad imperiosa de enfrentar el proceso que tiene su culmen en la audiencia de Juicio Oral que implica rendir una declaración y peor aún, la decisión de presentar al afectado en dicha audiencia, escenario en el cual muchas voluntades se doblegan ante el significado de contraponer la defensa de los derechos del menor quien sería revictimizado por sobre los lazos de consanguinidad existentes con el victimario.

Resultan comprensibles las decisiones que conforme avanza el proceso se van adoptando, pero dada la magnitud y gravedad de los derechos en juego, se encuentran herramientas muy valiosas en el sistema jurídico que permiten desde los puntos de vista procesal y probatorio, otorgar validez a las actuaciones adelantadas, como luego se explicará.

Por el momento, resulta necesario iniciar por analizar la intervención de ACJT porque de todas formas, al presentarse en juicio entregó información valiosa desde el punto de vista probatorio, en cuanto que confirmó su grado de parentesco entre ella y el acusado y entre éste y su hijo, al indicar que ella es tía de **M.A.N.I.**, lo que demuestra en unión de los registros civiles aportados[5] la existencia del agravante derivado de los lazos de consanguinidad; y asimismo dio muestras claras de afectación por lo sucedido, lo que se hizo notorio en el cambio del tono y expresión de su voz al comparar su testimonio antes y después de que fuera interrumpida por el abogado defensor para que aclarara si haría uso del derecho de no incriminación.

[5] Fls. 67 a 69 de la Carpeta Principal

Se cuenta además con manifestaciones anteriores al juicio, que fueron introducidas a través de los testimonios de las profesionales que atendieron a la víctima y sus bases de opinión pericial.

Por supuesto, interesa a la defensa que las anteriores probanzas provenientes de las actuaciones y manifestaciones de la señora ACJT no se tengan en cuenta a la hora de adelantar la valoración correspondiente, y acude para ello al derecho de no incriminación ejercido por la testigo, de lo que deriva la ilicitud de las pruebas aportadas en juicio, ello implicaría desde el punto de vista jurídico procesal su exclusión, según lo regulado en los artículos 23, 232 y 455 de la Ley 906 de 2004; sin embargo, la Sala considera que dicha sanción probatoria no resulta aplicable al *sub examine* entre otras por la razón expuesta por el juez de instancia, respecto de la autonomía de los derechos del menor frente a la madre.

Así, en principio se advierte que constitucional y legalmente se protege el derecho a preservar la unidad o las relaciones de familia, conforme se establece en el conjunto normativo integrado por el artículo 33 de la Carta Política[6], y los artículos 68[7] y 385[8] de la Ley 906 de 2004, que reconocen como prerrogativa de toda persona no denunciar ni declarar, entre otros, en contra de los consanguíneos hasta el cuarto grado, línea en la cual se encuentran la víctima y su madre respecto de **M.A.N.I.,** lo cual se compadece con la finalidad de preservar la institución de la familia que se puede afectar si se exigiera o forzara a uno de sus integrantes a acusar o a declarar en contra de cualquiera de los otros miembros de su grupo familiar.

Y esa fue la dinámica que se siguió en el caso analizado por la CSJ, en el radicado No. 32.829 del 17 de marzo de 2010, que por su cercanía con los fácticos que ahora nos ocupan, llevó a la defensa a retomar sus fundamentos y simplemente cambiar el nombre de uno de los testigos por el de la señora ACJT. En el mismo, los testigos y la víctima de un delito atentatorio de la libertad, integridad y formación sexuales que era adolescente, se abstuvieron de declarar en el juicio adelantado en contra del acusado acogiéndose al derecho de no incriminación respecto de un consanguíneo, según las excepciones de ley; no obstante las entrevistas por ellos vertidas antes del Juicio Oral, fueron introducidas al mismo a través de los investigadores que las recepcionaron.

Para aquella ocasión, explicó la Corte, que cuando un testigo invoca su derecho a no declarar conforme a la Constitución y la ley, dicha situación no puede entenderse como uno de aquellos eventos similares previstos en el artículo 438, literal b) de la Ley 906 de 2004, y por lo mismo no podría introducirse la entrevista que dicho testigo hubiese surtido en etapas anteriores al juicio, como prueba de referencia.

Sin embargo, debemos advertir que el asunto al que se hace mención y el estudio realizado por la Corte, no se hacen extensivos al caso de **M.A.N.I.** ya que con posterioridad a la época en que se aplicaron, el legislador introdujo con la Ley 1652 de 2013, una nueva causal de admisión de la prueba de referencia cuando el declarante es menor de edad y es víctima de delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales. Asimismo la Corte Constitucional en su fallo C 848 de 2014 que cita como fundamento jurisprudencial el a quo, otorga alcances diferentes al derecho de no incriminación, cuando tiene ocurrencia este tipo de conductas delictivas.

Este desarrollo se justifica, porque desafortunadamente en el tipo de conductas que se analiza, resulta muy recurrente que los victimarios se encuentren en los círculos más cercanos de familiaridad o de amistad, y cuando son de los primeros, ocurre por decirlo así un corto circuito de gran magnitud por la tensión de los derechos en contraposición, cuya protección constitucional y legal se encuentran en el mismo nivel, en la medida en que, de un lado de la balanza, se encuentra la familia como institución básica o núcleo fundamental de la sociedad según se establece en los artículos 5º y 42 de la CN y la decisión de uno de sus miembros de no afectarla al abstenerse de declarar, según la facultad otorgada en el artículo 33 constitucional, complementado por los artículos 68 y 385 de la Ley 906 de 2004; y del otro lado de la balanza, se ubica el artículo 44 de la Constitución que impone la prevalencia de los derechos de los niños, y que tanto la jurisprudencia nacional como los instrumentos internacionales, desarrollan a través del concepto del interés superior del niño y el principio *pro infans*.

---

[6] "nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo o contra su cónyuge, compañero permanente o pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil"

[7] "nadie está obligado a formular denuncia contra sí mismo, contra su cónyuge, compañero o compañera permanente o contra sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad…".

[8] "nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo o contra su cónyuge, compañera o compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad".

Así, en lo que concierne a lo previsto en el artículo 68 mencionado, la sentencia C 848 de 2014, determinó su exequibilidad condicionada, para lo cual realizó un estudio del derecho de no incriminación en contextos en los cuales se involucran los derechos de NNA que han sido víctimas de delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, en cuyo caso se configura una excepción a la exoneración al deber de denunciar.

Al respecto explicó la Alta Corporación Constitucional:

> *"En síntesis: (i) el principio de no incriminación, consagrado en el artículo 33 del texto constitucional, contiene dos garantías: la de no autoincriminación y la de no incriminación del cónyuge, compañero permanente o parientes próximos; la primera constituye un elemento esencial del derecho de defensa, mientras que la segunda persigue la protección de los vínculos familiares; (ii) la diferencia anterior se proyecta el derecho positivo, pues el texto constitucional, los instrumentos internacionales de derechos y el derecho comparado confieren una protección plena a la garantía de no autoincriminación por su vínculo inescindible con el derecho al debido proceso, mientras que la de no incriminación de los familiares cercanos no constituye un estándar mínimo obligatorio, y puede ser exceptuado; (iii) el efecto jurídico de la referida salvaguardia es la prohibición de las declaraciones forzosas en contra de las personas que integran el núcleo familiar, más no la supresión del deber de declarar; (iv)* ***la garantía constitucional de no incriminación, no contiene una previsión expresa y específica para el acto de denuncia, sino que versa genéricamente sobre las declaraciones incriminatorias;*** *(iv) dadas las especificidades de la referida garantía, ésta no podría servir como fundamento para limitar el espectro del deber constitucional de denunciar los delitos contra niños, por las siguientes razones: primero, la garantía atiende a la protección de los vínculos familiares y la intimidad familiar, pero la necesidad de esta salvaguardia decae cuando los lazos familiares están mediados por la violencia y el maltrato, y cuando se ventilan asuntos públicos como la afectación grave de los derechos de los niños; segundo, la garantía de no incriminación no suprime el deber de declarar, sino que establece el derecho a no ser forzado a dar declaraciones incriminatorias; y tercero, la garantía no se refiere específicamente al acto de denuncia, sino en general a las declaraciones, incriminatorias, y existen diferencias relevantes entre unas y otras que justifican un régimen jurídico diferenciado.* ***En definitiva, para esta Corporación es constitucionalmente inadmisible que en un contexto marcado por la violencia y el maltrato infantil, en el que la prolongación de este fenómeno está determinada, al menos parcialmente, por el silencio, la tolerancia y la impunidad, se pretenda atribuir a la garantía de no incriminación un alcance que excede su propia finalidad y racionalidad interna, y su propio diseño normativo, para sobre esta base, exceptuar el deber constitucionalidad de denunciar los delitos contra niños".*** *(Negrillas fuera de texto).*

Más adelante dijo la Corte al contraponer la unidad familiar frente y el derecho de no incriminación:

> *"8.4.3. Tampoco es válido el argumento de que el bienestar del menor exige la excepción del deber de denuncia, para garantizar la unidad familiar que se pone en peligro cuando se obliga a las personas a denunciar a las personas más cercanas.*
>
> *Lo primero que debe tenerse en cuenta es que este razonamiento parte del falso supuesto de que la persona que se encuentra exceptuada del deber de denuncia en el precepto acusado, es al mismo tiempo familiar del menor víctima del delito, y también del potencial denunciante. Sin embargo, este presupuesto no es necesariamente cierto, porque la norma demandada únicamente exceptúa de la obligación de denunciar al cónyuge, compañero permanente y pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad y civil, o segundo de afinidad del victimario, y no de la víctima, y no siempre el familiar de aquel es también familiar del menor víctima del delito. En otras palabras, este argumento se edifica a partir de una hipótesis cuya ocurrencia es tan solo eventual, de modo que las conclusiones que se extraen de ella, son aplicables únicamente a un tipo de casos que no agotan el repertorio de casos comprendidos en la norma acusada.*
>
> *Pero incluso asumiendo que el potencial denunciante es al mismo tiempo familiar de la víctima y del victimario, el argumento tampoco es procedente. Como ya se indicó anteriormente, la violencia contra los niños debe ser enfrentada a través de un enfoque de derechos, y el interés abstracto por una unidad*

familiar que ya de por sí se encuentra maltrecha por la violencia y el maltrato, no puede suprimir el derecho de los niños a la verdad, la justicia y la reparación. En otras palabras, no podría sacrificarse los derechos de los niños con el pretexto de mantener la unidad familiar, que en todo caso tampoco puede mantenerse a través del silenciamiento del delito en el seno de la propia familia.

Así las cosas, el argumento sobre la unidad familiar debe conducir, no a exonerar del deber de denuncia de los delitos cometidos contra menores de edad, sino a exigir de las instancias estatales, tanto gubernamentales como judiciales, enfrentar estos fenómenos a través de mecanismos que permitan la reconstitución y el fortalecimiento de los vínculos familiares, y no a profundizar los conflictos existentes".

Luego para declarar la exequibilidad condicionada, dijo la Corte:

"Para determinar la constitucionalidad del precepto anterior, la Corte abordó dos interrogantes: por un lado, si existe un deber constitucional de denunciar o de poner en conocimiento de las autoridades públicas los delitos cometidos contra niños, y por otro, si este deber, en caso de existir, se contrapone de algún modo a la garantía de no incriminación contemplada en el artículo 33 de la Carta Política, que justamente establece que nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo o contra sus familiares cercanos.

Con respecto al primero de estos cuestionamientos, se encontró que aunque el texto constitucional no prevé expresamente el deber de poner en conocimiento de las autoridades las conductas delictivas cometidas contra niños, esta responsabilidad sí se deriva del interés superior del niño y del deber reforzado a cargo de la familia, de la sociedad y del Estado, de brindarles protección y asistencia, contemplados en el artículo 44 de la Carta Política. Uno y otro imperativo serían vaciados de todo contenido, de considerarse que la prevalencia de los derechos de los niños y la obligación de todas las personas de otorgarles el amparo y la custodia que requieran, no genera el deber de informar a las autoridades sobre las amenaza más graves a su vida e integridad derivadas de la comisión de delitos en su contra, cuando por otro lado, confluyen dos circunstancias constitucionalmente relevantes: (i) primero, la imposibilidad física, emocional y síquica de los menores para denunciar los hechos punibles realizados en su contra, máxime cuando con frecuencia, tales delitos son cometidos por integrantes de su propia familia, y en este escenario, las relaciones de jerarquía y subordinación, y los vínculos de amor, respeto, dependencia y miedo entre la víctima y el victimario, obstaculizan aún más el acto de denuncia; (ii) y segundo, la función que cumple este dispositivo dentro del sistema de protección de derechos de los menores, al ser el mecanismo por excelencia para la activación de la administración de justicia y del procedimiento administrativo de restablecimiento de derechos.

A su vez, la postulación de este deber es compatible con la garantía de no incriminación prevista en el artículo 33 de la Carta Política, por las siguientes razones: (i) el efecto jurídico específico de la previsión normativa no consiste en liberar a las personas de la obligación de declarar contra sus familiares, sino en otorgarles una salvaguardia especial, para que no puedan ser forzados, ni por vías directas ni por vías indirectas, a dar estas manifestaciones; por este motivo, propiamente hablando, el precepto constitucional versa sobre las actuaciones que pueden desplegar las autoridades para obtener las declaraciones incriminatorias, así como sobre los derechos que se derivan de tal limitación, y no sobre las excepciones al deber general de declarar; (ii) existe una diferencia sustantiva entre el derecho a la no auto incriminación, y el derecho a la no incriminación de los familiares próximos, pues obedecen a una finalidad, a una racionalidad y a una lógica distinta, y en consecuencia, su alcance y efectos jurídicos no pueden ser asimilados; en el primero de los casos, la referida garantía es un elemento estructural del derecho al debido proceso, porque a través del mismo se impide que las personas sean obligadas a suministrar los elementos de juicio que podrían determinar su responsabilidad, y por tanto, constituye un componente fundamental del derecho de defensa; en el segundo evento, por el contrario, la garantía de no incriminación atiende a la necesidad de proteger los vínculos familiares así como la autonomía y la intimidad de la familia, por lo que, en este escenario específico, la extensión del derecho previsto en el artículo 33 de la Carta Política, debe establecerse en función de tal finalidad; ahora bien, en la medida en que tales lazos desaparecen cuando están mediados por la violencia y el maltrato, y en la medida en que dicha intimidad debe ceder cuando se involucran asuntos públicos como la vulneración grave

> *de los derechos fundamentales de los niños, la garantía de no incriminación no podría ser invocada ni utilizada para justificar el derecho a silenciar el maltrato y la violencia contra los menores de edad; (iii) el artículo 33 de la Carta Política no contiene una previsión específica sobre la denuncia, sino que se refiere en general a las declaraciones incriminatorias, y el primero de estos actos tiene particularidades y especificidades constitucionalmente relevantes asociadas a su aptitud para activar el sistema de protección de derechos, que justifica un régimen jurídico especial y diferenciado".*

Como se acaba de ver, la confrontación de derechos en la balanza que figurativamente hemos presentado, se inclina hacia la protección de los derechos de los menores de edad víctimas de delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, de lo que resulta que no es de recibo el argumento jurisprudencial que presenta la defensa y por ello acierta el Juez de Conocimiento en la solución jurídica contenida en su decisión, al menos en lo que respecta a la intervención de la madre del menor J.C.H.J., la señora ACJT.

Sin embargo, la Sala llama la atención en que lo importante es que los parámetros de la sentencia C 848 de 2014, se hagan conocer también durante la práctica de pruebas en el juicio, porque ello le hubiese autorizado a la señora ACJT a declarar pese a los lazos de consanguinidad, independientemente del resultado que se hubiera obtenido en cuanto a su valor suasorio; y no limitarse como lo hizo el juez en este caso a dicho análisis a la hora de valorar la prueba en la sentencia.

Ahora, en cuanto a las consecuencias o efectos del derecho de no incriminación ejercido por la señora ACJT respecto de su hijo J.C.H.J. como víctima, vale hacer de entrada una aclaración, ya que la senda procesal que se adelantó en uno y otro caso no fue la misma y por ello no procedía plantear los cuestionamientos de manera conjunta o relacionar el derecho de no incriminación ejercido por la señora ACJT hacia su hijo J.C.H.J. como víctima, como lo pretende la defensa o en algún momento lo hizo en su valoración el juzgador de primer nivel, de tal manera que no puede aducirse ningún efecto, y tan solo partir de lo que en concreto tuvo ocurrencia, en tanto que la víctima no fue presentada en juicio, atendiendo además a que las entrevistas realizadas al menor son admisibles de manera autónoma como prueba de referencia en virtud del literal e) del artículo 438 de la Ley 906 de 2004, introducido por la Ley 1652 de 2013[9].

Igualmente, no puede deducirse sin más que el menor no acudió al juicio, ejerciendo dicho derecho, tema sobre el cual la CSJ ha explicado que los menores de 12 años, dada su corta edad, no tienen la capacidad de comprender la prerrogativa fijada en el artículo 33 de la Constitución en concordancia con el artículo 385 de la Ley 906 de 2004, por lo que aún de haberse presentado el menor J.C.H.J. al juicio, no hubiese tenido ningún objeto ponerle de presente dicha prerrogativa. Y así lo enseña la Corte:

> *"Vale decir, si se entiende que a tan corta edad el menor no puede dar su consentimiento o hacer producir efectos a su voluntad, motivo por el cual siempre en representación suya actúa un tercero, por lo general sus padres, resulta inane deprecar que se le permitiera conocer el contenido de la norma en cuestión, y mucho más exigir que a lo "decidido" por el niño, se le haga producir efectos jurídicos". [10]*

Lo que se tiene en concreto entonces, es que el menor J.C.H.J. no fue llevado al juicio y por lo mismo ninguna manifestación expresa realizó sobre el derecho de no incriminación, dejando en claro también que independientemente del motivo, la posición asumida por la Fiscalía de no exigir la práctica testimonial de la víctima y respetar la decisión de su madre, resulta acorde con los lineamientos legales y jurisprudenciales que abogan por evitar la revictimización que se deriva de someter a los afectados a rendir declaración en más de una ocasión o de someterlo al trámite de la audiencia de juicio oral.

---

[9] ARTÍCULO 438. ADMISIÓN EXCEPCIONAL DE LA PRUEBA DE REFERENCIA. Unicamente es admisible la prueba de referencia cuando el declarante: (...) e) <Literal adicionado por el artículo 3 de la Ley 1652 de 2013> Es menor de dieciocho (18) años y víctima de los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales tipificados en el Título IV del Código Penal, al igual que en los artículos 138, 139, 141, 188a, 188c, 188d, del mismo Código.

[10] CSJ AP 9 dic 2010, rad 35393 y CSJ AP 29 jun 2016, rad 44421

Lo anterior tiene fundamento legal en el artículo 206 A de la Ley 906 de 2004, introducido por la Ley 1652 de 2013, parágrafo 2º que indica que durante la etapa de indagación e investigación, el NNA víctima de delitos contra la libertad, integridad y formación sexual, será entrevistado preferiblemente por una sola vez y que de manera excepcional podrá realizarse una segunda entrevista, teniendo en cuenta en todo caso el interés superior del menor; así como también sirve de respaldo el literal e) del artículo 438 de la Ley 906 de 2004, que admite como prueba de referencia la declaración del menor de edad víctima de estos delitos.

Y más cuando se trata de infantes de tan corta edad, como sucede respecto de J.C.H.J. quien para la fecha de los hechos – 15 de abril de 2015 - contaba tan solo con cinco años de edad aproximadamente, si nos atenemos a su fecha de nacimiento – 8 de diciembre de 2009, lo que significa que para la audiencia de juicio en marzo de 2016 contaba con cerca de seis años, de lo que se desprende y sin mayor esfuerzo, hubiese resultado traumático.

Deviene de lo anterior y como respuesta al segundo problema jurídico planteado que la decisión de la madre de la víctima señora ACJT de no declarar en juicio en contra del acusado por el parentesco de consanguinidad, dado que es sobrino, no genera ilicitud en las pruebas arrimadas a juicio.

Se procede enseguida a evaluar los reparos realizados por la defensa sobre los otros testimonios recaudados en el Juicio.

iii) Sobre los testimonios de la psicóloga EMMA ALEXANDRA MUÑOZ CÓRDOBA y la médica LEYDY DIANA ROSERO PATIÑO

La defensa realiza los siguientes reproches:

> a) Las testigos tratan de establecer conclusiones sobre la existencia de un delito de actos sexuales abusivos, sin tener la formación y criterio profesional para emitir un concepto como el que se exige en este tipo de proceso, en el que se debe acreditar el título de perito judicial.
>
> b) Se presentan confusiones en el testimonio de la psicóloga que se pusieron en evidencia en el contrainterrogatorio de la defensa, lo que permite concluir que no se le podía dar el valor probatorio que el juez de conocimiento le otorgó para fundamentar la responsabilidad del procesado.
>
> c) En el testimonio de la psicóloga se hace referencia a una entrevista semiestructurada, tipo de valoración psicológica que exige unas condiciones técnicas distintas a las expuestas.

Procedemos a revisar cada uno de estos puntos a fin de establecer si tienen sustento y menguan la credibilidad de los testimonios de la psicóloga EMMA ALEXANDRA MUÑOZ CÓRDOBA y la médica LEYDY DIANA ROSERO PATIÑO.

Para lo anterior, se debe acudir a lo preceptuado en el artículo 420 de la Ley 906 de 2004, que fija los lineamientos para determinar el valor suasorio de conceptos como los suministrados en juicio por las testigos, cuyo texto es el siguiente:

> *"Para apreciar la prueba pericial, en el juicio oral y público, se tendrá en cuenta la idoneidad técnico científica y moral del perito, la claridad y exactitud de sus respuestas, su comportamiento al responder, el grado de aceptación de los principios científicos, técnicos o artísticos en que se apoya el perito, los instrumentos utilizados y la consistencia del conjunto de respuestas".*

Ahora, en cuanto a la idoneidad técnico científica y moral del perito la misma ley, ofrece los parámetros necesarios a tener en cuenta en los artículos 408 y 409, indicándose en el primero que podrán ser peritos los siguientes:

> *1. Las personas con título legalmente reconocido en la respectiva ciencia, técnica o arte.*
>
> *2. En circunstancias diferentes, podrán ser nombradas las personas de reconocido entendimiento en la respectiva ciencia, técnica, arte, oficio o afición aunque carezca de título.*

A los efectos de la cualificación podrán utilizarse todos los medios de prueba admisibles, incluido el propio testimonio del declarante que se presenta como perito.

En el segundo, se establece quienes no pueden en ningún caso ser nombrados como peritos, así:

1. Los menores de dieciocho (18) años, los interdictos y los enfermos mentales.

2. Quienes hayan sido suspendidos en el ejercicio de la respectiva ciencia, técnica o arte, mientras dure la suspensión.

3. Los que hayan sido condenados por algún delito, a menos que se encuentren rehabilitados.

De estos contenidos normativos, se establece con facilidad que resulta desacertada la posición expuesta por la defensa en el sentido de que debían las testigos acreditar un título de perito judicial, lo que más bien resulta ser una condición demostrable por cualquier medio probatorio y no necesariamente a través de un certificado específico; y conforme a lo sucedido al menor J.C.H.J. lo que se requería era por una parte una valoración psicológica para la que era suficiente que la persona que lo examinó acreditara su título en psicología y por otra parte un examen físico clínico de tipo sexológico, que lo podría realizar un médico sin necesidad de ser especialista forense como lo explicó la médica **LEYDY DIANA ROSERO PATIÑO**.

Para el caso, la profesión de las testigos fue demostrada a través del interrogatorio de la Fiscalía, aspecto que no fue desvirtuado por la defensa quien además no presentó ninguna prueba que acreditara una suspensión en el ejercicio de la misma o la condena por algún delito, aspectos sobre los que fue enfática la Fiscal al interrogar a fin de establecer ausencia de obstáculos en esos puntos.

Ahora si a lo que se refiere la defensa es a una especialidad forense, no presentó ninguna prueba que determinara la necesidad de conceptos de ese tipo, cuando además no se endilgó al acusado ningún cargo respecto de lesiones psicológicas transitorias o permanentes que hubiera podido sufrir el menor o dudas respecto de evidencia clínica sobre secuelas físicas o forma en que pudiera presentarse el acceso carnal.

De tal manera que al amparo del principio de libertad probatoria resultan suficientes los conceptos presentados por la Fiscalía a través de la testigo psicóloga de Bienestar Familiar EMMA ALEXANDRA MUÑOZ CÓRDOBA y la médica LEYDY DIANA ROSERO PATIÑO.

La defensa alega también que la psicóloga incurrió en confusiones que se pusieron de relieve en el contrainterrogatorio, argumento que resulta muy abstracto, en la medida en que no era suficiente hacer una transliteración de las preguntas y las respuestas, sino hacer específicos los reparos, pues de lo que se desprende al escuchar el audio del testimonio, por el contrario se denota coherente y por esa razón la Sala no ahondará en mayor análisis.

Y en relación a que la entrevista no se recibió de manera técnica, tampoco la defensa establece en concreto cuál o cuáles son las fallas o los errores de técnica que encontró en la misma, lo que obliga a la Sala también en este punto a abandonar cualquier análisis de fondo.

En consecuencia, se obtiene como respuesta al tercer cuestionamiento formulado, que los reparos realizados por la defensa respecto de la idoneidad de la psicóloga EMMA ALEXANDRA MUÑOZ CÓRDOBA y la médica LEYDY DIANA ROSERO PATIÑO, no tienen ningún sustento legal ni probatorio y por lo mismo no se disminuye su valor probatorio.

En ese orden se procede ahora a revisar otro de los cuestionamientos de fondo que expone la defensa al estimar que la sentencia de condena se basa únicamente en prueba de referencia.

iv) Fundamento probatorio de la sentencia condenatoria

Establecen los artículos 7º y 381 de la Ley 906 de 2004, que para proferir sentencia condenatoria debe existir

convencimiento y conocimiento, más allá de toda duda, acerca del delito y de la responsabilidad penal del acusado, fundado en las pruebas debatidas en el juicio y agrega la última de las normas, que la sentencia condenatoria no podrá fundamentarse exclusivamente en pruebas de referencia.

Con base en este marco jurídico el apoderado del acusado reprocha la decisión que afecta los intereses de su prohijado, pues conforme a su análisis la Fiscalía no aportó ninguna prueba directa que fundamente la sentencia condenatoria, aspecto que se pasa a dilucidar, porque de ser así daría lugar a la revocatoria de la misma.

Iniciamos por enfatizar que efectivamente nuestro sistema procesal penal incluye una tarifa legal negativa que permite establecer la excepcionalidad en la admisión de la prueba de referencia como una de sus características, y por eso es importante recordar la definición que de ella trae el artículo 437 de la Ley 906 de 2004 que establece que dicha prueba es *"toda declaración realizada por fuera del juicio oral y que es utilizada para probar o excluir uno o varios elementos del delito, el grado de intervención en el mismo, las circunstancias de atenuación o agravación punitivas, la naturaleza y extensión del daño irrogado, y cualquier otro aspecto sustancial objeto de debate, cuando no sea posible practicarla en el juicio".*

Y el artículo 438 ibídem, establece las causales o eventos en que es admisible dicha prueba, reiterando en que para la fecha de los hechos ya se encontraba vigente el literal e) que admite como prueba de referencia la declaración de menores víctimas de delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, que habilita en el sub examine la valoración de las versiones del menor J.C.H.J. rendidas ante la psicóloga EMMA ALEXANDRA MUÑOZ CÓRDOBA y la médica LEYDY DIANA ROSERO PATIÑO.

Y resultan también admisibles conforme a la sentencia C 848 de 2014, aquellas manifestaciones realizadas por la madre de la víctima ACJT ante las profesionales mencionadas y no solo éstas sino además su declaración parcial rendida en juicio, ello a pesar de haber ejercitado su derecho de no incriminación.

Adicional a lo anterior la Fiscalía presentó en juicio y se admitieron las siguientes probanzas:

- Testimonial de la psicóloga EMMA ALEXANDRA MUÑOZ CÓRDOBA, funcionaria de Bienestar Familiar quien realizó valoración psicológica al menor, que incluye su base de opinión[11].

- Testimonial de la médica LEYDY DIANA ROSERO PATIÑO, quien adelantó el examen sexológico del menor, que incluye también su base de opinión[12].

- Acta de consentimiento informado para divulgación de información de valoración o tratamiento terapéutico a solicitud de autoridad competente, que suscribe ACJT como madre y representante del menor J.C.H.J.[13].

- Formato de consentimiento informado para la realización de exámenes médico-legales y procedimientos relacionados del 16 de abril de 2015, que también suscribe ACJT[14].

- Registro civil del menor J.C.H.J. en el que se constata su fecha de nacimiento, del 20 de enero de 1997[15].

- Registros civiles de nacimiento de ACJT y SIT, en los que se demuestra el parentesco entre ellas como hermanas por línea materna[16], introducidos en juicio por el testigo JORGE IVÁN HENAO PATIÑO.[17]

[11] Fls. 57 a 62 de la Carpeta Principal
[12] Fls. 63 a 65 de la Carpeta Principal
[13] Fls. 55 y 56 de la Carpeta Principal
[14] Fl. 66 de la Carpeta Principal
[15] Fl. 67 de la Carpeta Principal
[16] Fls. 68 y 69 de la Carpeta Principal
[17] CD Audiencia de Juicio Oral – Archivo 2 Minutos 00:53:51 y ss.

En contraposición, la defensa ejerció en pleno el derecho de confrontación y contradicción durante el juicio.

Entonces, atendiendo a las pruebas antes relacionadas se requiere establecer si todas ellas tienen contenido referencial o si por el contrario hay prueba directa que establezca la existencia del ilícito y la responsabilidad en él de **M.A.N.I.** con el fin de determinar si la sentencia de condena que se impone en su contra por parte del Juez de primera línea, se fundamenta únicamente en prueba de referencia.

Para ello, se deben examinar los testimonios de la psicóloga EMMA ALEXANDRA MUÑOZ CÓRDOBA y la médica LEYDY DIANA ROSERO PATIÑO, así como el testimonio parcial rendido por ACJT en juicio, acotando que la valoración de las primeras se realizará conforme a las previsiones de los artículos 404 y 420 de la Ley 906 de 2004 y la jurisprudencia que ha fijado algunos lineamientos al respecto.

Se encuentra así, que en la línea interpretativa de la CSJ[18], se explica que si bien los testigos peritos conocen los hechos a través del relato que suministran terceras personas, lo que constituye prueba de referencia, también es cierto que adquieren conocimiento directo y personal sobre el o los puntos que son objeto de sus valoraciones, estudios, exámenes o análisis, los cuales no presentan contenidos de tipo referencial.

Así por ejemplo, en el radicado 33651 de 18 de mayo de 2011, expresó la Corte:

> *"En segundo término, tampoco son prueba de referencia las atestaciones de los profesionales en sicología y siquiatría que valoraron a la ofendida, pues su dicho en el juicio oral, complementado con los informes elaborados con anterioridad, constituyen una prueba técnica que involucra conocimientos científicos en su práctica y conclusiones. Sobre el caso de la prueba pericial, aunque es cierto que el dictamen siquiátrico o la entrevista sicológica suponen que el experto obtiene del examinado una serie de manifestaciones que aquél ha de escuchar y registrar en su informe, ello no permite por sí mismo calificar sus palabras o sus conclusiones como prueba de referencia, pues su esencia no es otra que el análisis de las manifestaciones y comportamientos del examinado bajo los preceptos de la ciencia que estudia el comportamiento humano, mas no es su objeto ni su método científico el de deslindar o asignar responsabilidades según las manifestaciones de quien es objeto de estudio. Es así que el peritaje está encaminado a ofrecer un elemento de juicio de naturaleza científica que, en todo caso, está sometido al tamiz de la sana crítica por parte del funcionario judicial. Lógicamente, por las características de su intervención, al perito no le corresponde deponer sobre los hechos, pues evidentemente no le constan, pero su conocimiento sobre un tema particular le permite al funcionario judicial comprenderlos y allegar elementos de juicio del orden científico para adoptar una decisión. En consecuencia, no es acertado afirmar que el experto en sicología o siquiatría deponga en el juicio oral sobre los hechos del caso particular o la responsabilidad del enjuiciado, con fundamento en lo que el individuo explorado le ha referido, pues tal ejercicio le corresponde elaborarlo al juez, conforme los parámetros de la sana crítica".*

Con estos lineamientos legales y jurisprudenciales, revisaremos los testimonios de la psicóloga EMMA ALEXANDRA MUÑOZ CÓRDOBA y la médica LEYDY DIANA ROSERO PATIÑO.

A través de las precitadas, con contenido probatorio de tipo referencial, se conoció el relato realizado por el menor J.C.H.J. quien manifestó que en varias ocasiones se adelantaron por parte de su primo M, maniobras de contenido sexual que incluye la introducción del miembro viril de su primo en su cavidad oral y también el acceso por vía anal. Igualmente conocieron de parte de la madre la señora ACJT los detalles y circunstancias del momento en que se percató de que su hijo J.C.H.J. era víctima de abuso sexual por parte de su sobrino, cuando el 15 de abril de 2015, llegó a la habitación del acusado y su hijo salió pidiéndole que no lo vaya a pegar, y al preguntarle por el motivo de tal prevención, le contó que estaban jugando al papá y a la mamá y le describió con gestos acerca de las maniobras sexuales ya relacionadas.

Ahora bien, se debe establecer qué aspectos pudieran las testigos percatarse de manera directa y encontramos varios:

[18] CSJ, SP 30 mar 2006. Rad. 24468; SP 29 feb 2008, rad. 28257; SP 15 jul 2009, rad 30355, SP 18 may 2011, rad. 33651

La psicóloga EMMA ALEXANDRA MUÑOZ CÓRDOBA, encontró a J.C.H.J., en principio temeroso y resistente a contar los hechos[19], porque sentía pena de contar lo sucedido y manifestó sus deseos de olvidar, pues su madre ya le había explicado que ello no era normal, sentimiento que no se puede tener respecto de un juego inocente sino de un hecho traumático. Sin embargo, y luego de explicarle el objeto del examen durante el mismo mantuvo una actitud colaboradora y respetuosa, estableciendo que su pensamiento no contiene contenido delirante, que el vínculo afectivo hacia sus padres es fuerte y que ellos ostentan autoridad con normas, reglas, límites, principios y valores que coadyuvan a su formación integral.

Pudo evidenciar además desde la perspectiva psicológica, coherencia y consistencia en la forma en que el menor hace su relato, pues explicó que dada su corta edad, si él no lo ha vivido o no lo presenciado o no ha sido víctima es difícil que realice descripción de unos hechos de esa magnitud[20].

Identificó además que posterior a lo sucedido, el menor sufrió de enuresis, que consiste en hacer las necesidades fisiológicas en la cama[21], el que puede ser uno de los síntomas que se presentan en menores que han sido víctimas de violencia sexual o cualquier maltrato.

Recomendó además la necesidad de una valoración psiquiátrica para establecer el estado de salud mental y la intervención psicoterapéutica a fin de mejorar el estado emocional y psicológico del niño y grupo familiar debido a que los hechos generaron inestabilidad a ese nivel en la dinámica familiar.

Por su parte, la médica LEYDY DIANA ROSERO PATIÑO quien realizó el examen sexológico el 16 de abril de 2015, percibió por un lado la espontaneidad del menor al utilizar el lenguaje corporal para describir el acto de penetración[22], y por otro detectó su tristeza y llanto al hacer el relato y acusar del abuso a su primo M, sobre quien reflejó sentimientos de rabia[23]; y aunque no encontró signos de penetración anal cercana a la fecha del examen, por los hallazgos detectados y el relato no descartó un acceso carnal[24].

Y precisamente respecto de esos hallazgos físicos entre los que registró que la forma del ano era de tipo hipotónico[25], explicó que la tonicidad es una respuesta motora normal del organismo y que cuando hay hipotonía implica una pérdida de la tonicidad, en la que hay disminución de la contractilidad normal del músculo, lo que puede ocurrir por varias causas en los niños, siendo una de ellas los desórdenes a nivel de la médula, que puede producirse por ejemplo en casos de estreñimiento y en otros explicó que la hipotonía puede ser o no un indicativo de abuso sexual[26].

De esa forma y extraídos los aspectos de mayor relevancia que se dan a conocer por las anteriores testigos, se establece que no solo hay prueba de referencia sino directa que acredita los siguientes aspectos:

- Afectación de la integridad sexual del menor que ubicándonos para el 15 de abril de 2015 y conforme a la descripción gestual y verbal suministrada por el infante J.C.H.J. tanto a su madre ACJT para el momento mismo en que sale de la habitación de su primo, como a la psicóloga EMMA ALEXANDRA MUÑOZ CÓRDOBA y la médica LEYDY DIANA ROSERO PATIÑO, corresponde a un acceso carnal vía oral.

Al respecto debe señalarse que la conducta delictiva a que se hace referencia se complementa en cuanto a la descripción de la acción típica con lo previsto en el artículo 212 del C.P. que si bien no fue incluida en la imputación jurídica, ello no descarta su aplicación porque se trata de una definición que la ha fijado el legislador, como complemento necesario de todos los tipos que hagan referencia al verbo rector de acceder carnalmente.

[19] CD Audiencia de Juicio Oral – Archivo 2 Minutos 00:14:03:y ss.
[20] CD Audiencia de Juicio Oral – Archivo 2 Minutos 00:16:48 y ss.
[21] CD Audiencia de Juicio Oral – Archivo 2 Minutos 00:16:24 y ss.
[22] Fl. 63 de la Carpeta Principal - CD Audiencia de Juicio Oral – Archivo 2 Minutos 00:31:30 y ss.
[23] CD Audiencia de Juicio Oral – Archivo 2 Minutos 00:30:20 y ss.
[24] Fl. 65 de la Carpeta Principal y CD Audiencia de Juicio Oral – Archivo 2 Minutos 00:40:19 y ss
[25] CD Audiencia de Juicio Oral – Archivo 2 Minutos 00:33:02 y ss.
[26] CD Audiencia de Juicio Oral – Archivo 2 Minutos 00:34:32 y ss.

Y vale la oportunidad en este punto para aclarar que si bien el abuso sexual al parecer había ocurrido en varias ocasiones y por un espacio aproximado de un año, en concreto la judicialización se produjo únicamente en relación a los hechos ocurridos el 15 de abril de 2015, para cuando el acusado había alcanzado la mayoría de edad; data para la cual según ya se explicó el acceso se produjo por vía oral, lo que implica que pierde relevancia el debate surgido a raíz del contrainterrogatorio planteado en juicio por parte de la defensa a la médica LEYDY DIANA ROSERO PATIÑO, y por lo mismo no tiene incidencia que no se encontraran hallazgos físicos a nivel anal que demostraran un acceso reciente a ese nivel para la fecha del examen sexológico realizado el 16 de abril del 2015, como así lo explica la médica no solo en su base de opinión pericial en la que señala que los hallazgos descritos no descartan un acceso carnal sino en su testimonio[27].

- El señalamiento unívoco por parte del menor hacia su primo M y que fuera identificado e individualizado como **M.A.N.I.,** como la persona que so pretexto de jugar al papá y a la mamá en el que el menor representaba al hijo bebé, le introdujo su pene en la boca.

- La afectación anímica del menor y su familia a raíz de los hechos, que fue evidenciada por la psicóloga EMMA ALEXANDRA MUÑOZ CÓRDOBA, y corroborada en cuanto al menor por la médica LEYDY DIANA ROSERO PATIÑO dado el llanto y tristeza observados durante el examen sexológico; y corroborado también respecto de la madre ACJT[28] en la audiencia de Juicio Oral, pues dio muestras de afectación por lo sucedido, lo que se hizo notorio en el cambio que se produjo en el tono y expresión de su voz[29] antes y después de que se le preguntara si era su deseo o no de declarar en contra de **M.A.N.I.,** pues hasta ese momento y ante el interrogatorio en el que había avanzado la Fiscalía, había seguridad en las respuestas, pero con posterioridad y al ponerse de presente la relación o parentesco con el acusado, cambia de actitud, para definitivamente abstenerse de declarar luego de hacer un reclamo por una audiencia anterior.

- También encontramos acreditadas la coherencia y consistencia del relato del menor, no solo en la descripción de la acción sexual realizada para la fecha en que su madre descubrió el abuso de que venía siendo víctima sino en relación al señalamiento del autor del mismo, que se mantuvo durante las valoraciones realizadas por las profesionales que lo atendieron, el que además resulta creíble al adelantar un proceso de corroboración periférica como enseguida se explica.

- Proceso de corroboración periférica

Este concepto fue explicado por la CSJ en el fallo radicado No. 43.866 de marzo 16 de 2016, cuando señala:

> *"En el derecho español se ha acuñado el término "corroboración periférica", para referirse a cualquier dato que pueda hacer más creíble la versión de la víctima, entre ellos: (i) la inexistencia de razones para que la víctima y/o sus familiares mientan con la finalidad de perjudicar al procesado[30]; (ii) el daño psíquico causado a raíz del ataque sexual[31]; (iii) el estado anímico de la víctima en los momentos posteriores a la ocurrencia de los hechos; (iv) regalos o dádivas que el procesado le haya hecho a la víctima, sin que exista una explicación diferente de propiciar el abuso sexual, entre otros.*
> *(…)*
> *Es claro que no es posible, ni conveniente, hacer un listado taxativo de las formas de corroboración de la declaración de la víctima, porque ello dependerá de las particularidades del caso. No obstante, resulta útil traer a colación algunos ejemplos de corroboración, con el único propósito de resaltar la posibilidad y obligación de realizar una investigación verdaderamente exhaustiva: (i) el daño psíquico sufrido por el menor; (ii) el cambio comportamental de la víctima; (iii) las características del inmueble o el lugar donde ocurrió el abuso sexual; (iv) la verificación de que los presuntos víctima y victimario pudieron estar a solas según las circunstancias de tiempo y lugar incluidas en la teoría del caso; (v) las*

[27] Fl. 65 de la Carpeta Principal
[28] CD Audiencia de Juicio Oral – Archivo 2 Minutos 00:57:10 y ss.
[29] CD Audiencia de Juicio Oral – Archivo 2 Minutos 01:01:00 y ss.
[30] Tribunal Supremo de España, ATS 6128/2015, del 25 de junio de 2015
[31] ídem

actividades realizadas por el procesado para procurar estar a solas con la víctima; (vi) los contactos que la presunta víctima y el procesado hayan tenido por vía telefónica, a través de mensajes de texto, redes sociales, etcétera; (vii) la explicación de por qué el abuso sexual no fue percibido por otras personas presentes en el lugar donde el mismo tuvo ocurrencia, cuando ello sea pertinente; (viii) la confirmación de circunstancias específicas que hayan rodeado el abuso sexual, entre otros".

Para el sub examine se encuentran acreditados varios de esos elementos que como se explica en la decisión de la CSJ no corresponde a un listado cerrado o taxativo, de forma tal que podrían acreditarse algunos de ellos u otros similares como se pasa a ver.

i) Inexistencia de razones para que la víctima y/o sus familiares mientan con la finalidad de perjudicar al procesado

No se dio a conocer durante alguna de las actuaciones en las que intervinieron el menor víctima y su madre, que se guardara algún tipo de animadversión hacia el acusado, tampoco en juicio se presentó alguna prueba de este tipo, razón por la cual se descartan motivos vindicativos para establecer que el menor haya mentido a su madre o a la psicóloga o a la médica, o que la madre haya acudido a las autoridades con este tipo de intereses, es más, existía confianza en las relaciones familiares ya que el menor J.C.H.J. tenía por costumbre ir a jugar a la casa de su primo y para la fecha de los hechos, estaban reunidas las familias de las hermanas SIT y ACJT, como evidencia de las buenas relaciones familiares que hasta entonces reinaban.

ii) El daño psíquico causado a raíz del ataque sexual.

Si bien no se adelantó o al menos no se presentó para el juicio un análisis de tipo psiquiátrico, la psicóloga EMMA ALEXANDRA MUÑOZ CÓRDOBA sí evidenció que los hechos generaron inestabilidad emocional en la dinámica familiar, que por supuesto incluye al menor, al punto que recomendó una intervención psicoterapéutica a fin de mejorar ese aspecto y para el menor remisión a psiquiatría.

Igualmente la médica LEYDY DIANA ROSERO PATIÑO, evidenció esa afectación respecto del menor y en juicio fue evidente en relación a la madre, según ya se explicó en acápites anteriores.

iii) Las características del inmueble o el lugar donde ocurrió el abuso sexual

Según el relato que realiza ACJT a la psicóloga EMMA ALEXANDRA MUÑOZ CÓRDOBA, se trata de la vivienda de su hermana que se ubica junto a la suya y específicamente en la habitación de su sobrino **M.A.N.I.,** la que fue encontrada para el momento de los hechos con la puerta cerrada, el televisor prendido y cubierta la ventana con una cobija, sitio de fácil acceso para la victima dado el grado de confianza y la cercanía física que existía entre las viviendas, y que propiciaba la oportunidad para recrear un escenario para el juego que utilizaría como pretexto el acusado.

iv) Las actividades realizadas por el procesado para procurar estar a solas con la víctima

El acusado procuró el ocultamiento de sus acciones, utilizando su lecho para el abuso hacia su primo J.C.H.J. quien da a conocer con sus propios términos que el acceso por vía oral se realizó en varias ocasiones utilizando una de las camas de la habitación, lo que ocurría cuando jugaban al papá y a la mamá, en el que se incluía a una prima menor[32] a quien el acusado ubicaba en la otra cama de la habitación, en medio de lo cual el menor víctima era el bebé y debía introducir en su boca el miembro viril de su primo. El vocablo que la víctima emplea para describir dicha acción es el de *"chupar"*.

Significa lo anterior que el acusado aprovechó su habitación y las camas de la misma para recrear el escenario de un juego con el que podía manipular al menor, utilizando personajes cercanos a él como el papá y la mamá, en

[32] CD Audiencia de Juicio Oral – Archivo 2 Minutos 00:13:49 y ss.

el que se desprende por el papel de *"bebé"* asignado a la víctima que el acusado representaba al papá y la otra menor de sexo femenino representaba a la mamá, a quien apartaba hacia otra cama para que no observara lo que sucedía; igualmente que utilizó su pene como un juguete para el *"bebé"* el cual debía *"chupar"* con su boca.

Como vemos, varios elementos de corroboración periférica han sido encontrados en el sub examine, lo que permite como ya se dijo, otorgar credibilidad a la versión entregada por el menor víctima.

De esa forma, se arriba a una respuesta al último problema formulado, determinando que no solo se allega prueba de referencia consistente en los relatos de la víctima menor de edad y su madre introducida a través de los testimonios de las peritos y sus bases de opinión pericial, sino también se cuenta con prueba directa derivada de los hallazgos y evidencias encontrados para el momento en que las peritos realizan su valoración del menor.

Lo anterior permite llegar a la conclusión de que efectivamente el hecho relacionado con el acceso carnal abusivo con menor de 14 años agravado tuvo ocurrencia y que el autor del mismo es el acusado **M.A.N.I.,** lo que dará lugar a confirmar la sentencia condenatoria proferida en su contra.

DECISIÓN

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

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia condenatoria proferida el día 15 de abril de 2016 por el Juzgado Penal del Circuito de La Unión en contra de **M.A.N.I..**

SEGUNDO: Esta decisión se notifica en estrados y se hace saber que contra ella procede el recurso extraordinario de casación, el cual deberá ser interpuesto dentro de los cinco (5) días contados a partir de su notificación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

BLANCA LIDIA ARELLANO MORENO
Magistrada

SILVIO CASTRILLÓN PAZ
Magistrado

JOSÉ ANÍBAL MEJÍA CAMACHO
Magistrado

JUAN CARLOS ÁLVAREZ LÓPEZ
Secretario

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - La titularidad del ejercicio de la acción penal corresponde a la Fiscalía General de la Nación.
CONTROL MATERIAL DE LA ACUSACIÓN – Al ser un acto de parte no está sujeta a control alguno.
VARIACIÓN DE LA IMPUTACIÓN DE COAUTORÍA A COMPLICIDAD – Procedencia.

Teniendo en cuenta que la calificación jurídica de los hechos investigados es función exclusiva y excluyente de la Fiscalía, no le está permitido al juez ni a las partes e intervinientes realizar un control material de la acusación, salvo vulneración de garantías fundamentales, en tanto dicho control es incompatible al sistema penal acusatorio; por lo que se considera que no es posible cuestionar el reconocimiento de la complicidad delictual, que como un derecho del acusado, realizó el ente instructor, en tanto tal variación de la calificación jurídica no provino de un acuerdo de las partes, sino de su auto-convencimiento, conforme el acopio y valoración de las evidencias dentro de la investigación desarrollada.

CONCURSO DE CONDUCTAS PUNIBLES: Dosificación Punitiva.

Para la fijación de la pena en concreto cuando existe concurso de delitos, la pena más grave se hace evidente solo cuando se proceden a individualizar judicialmente las correspondientes sanciones en concreto, no antes; y la pena final nunca puede ser inferior a la establecida para el delito mayor o más grave.

PREACUERDO – PRISIÓN DOMICILIARIA: Requisitos.
PRISIÓN DOMICILIARIA - Aplicación en eventos de beneficios por colaboración eficaz.
PRISIÓN DOMICILIARIA: Improcedencia por expresa prohibición legal.

Siendo que en la Ley 906 de 2004, no se consagró un sistema de beneficios por colaboración con la justicia igual al establecido en la ley 600 de 2000, y no obstante pudiera admitirse su vigencia, para su aplicación se debe exigir el cumplimiento de los lineamientos establecidos en la propia ley que los creó; sin embargo en el presente caso, se pre acordó la concesión del sustituto de prisión domiciliaria, más allá de las prohibiciones legales a las cuales se encuentran sujetos los delitos imputados, argumentando estar en presencia de beneficios por colaboración eficaz, pretermitiendo el trámite legalmente establecido, vulnerando el principio de legalidad.

NULIDAD DEL AUTO APROBATORIO DEL PREACUERDO – Vulneración de Garantías Fundamentales.

Hay lugar a declarar la nulidad del acto de aprobación del preacuerdo, como mecanismo residual o extremo, al conculcar los principios de legalidad del delito y legalidad de la pena, dada la incorrecta aplicación de las reglas establecidas para la fijación de la pena en concreto cuando existe concurso de delitos, en tanto esta no podía ser inferior a 15 años de prisión, más un día; y al no proceder el beneficio de la prisión domiciliaria acordado, al estar por fuera de los requisitos objetivos de pena mínima requeridos y que los delitos endilgados tienen expresa prohibición para conceder sustitutos y subrogados, además que se presentaron irregularidades el trámite realizado por el ente instructor, al estar frente a eventos de beneficios por colaboración con la justicia./

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE PASTO - NARIÑO

SALA DE DECISIÓN PENAL

Auto Nº: 047
Radicación: 2017-00568-2 NI. 24156

Condenado: LAJR
Delitos: CONCIERTO PARA DELINQUIR y TRÁFICO ESTUPEFACIENTES
Acta de Aprobación: 077 del 25 de julio de 2018

Magistrado Ponente:
DR. SILVIO CASTRILLÓN PAZ

San Juan de Pasto, primero (1°) de agosto de dos mil dieciocho (2018)

OBJETO DE LA DECISIÓN:

Por segunda oportunidad ha llegado a esta corporación tribunalicia el proceso penal seguido en el Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Pasto – Nariño en contra del señor LAJR. Corresponde en esta oportunidad resolver el recurso de apelación interpuesto por el doctor GERMAN TREJO NARVÁEZ, en su condición de Agente del Ministerio Público - Procurador Judicial II número 143 en materia penal, contra la sentencia leída en audiencia pública del 22 de mayo de 2018, a través de la cual se condenó anticipadamente al filiado como cómplice de los delitos de ***TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES,*** en la modalidad ***AGRAVADA***, en concurso con el punible de ***CONCIERTO PARA DELINQUIR CON FINES DE NARCOTRÁFICO,*** fijándose las penas principales de 11 años de prisión que había sido preacordada y la de multa por valor de 2.700 salarios mínimos legales mensuales vigentes, lo mismo que la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo tiempo de la pena privativa de la libertad.

SINOPSIS HISTÓRICO-PROCESAL:

1.- La revisión atenta de las carpetas da cuenta que el 23 de febrero de 2017, ante un Juzgado Penal Municipal de control de garantías ambulante de Buga (Valle), fue formulada imputación por un representante de la Fiscalía General de la Nación en contra del señor LAJR por hechos relacionados con el tráfico de drogas estupefacientes realizados al interior de una organización ilegal, que las exportaba por vías marítimas en lanchas rápidas y sumergibles con destinos a Panamá, México y otros países Centroamericanos. La banda criminal fue identificada plenamente por interceptaciones telefónicas y de mensajes de BlackBerry, debidamente autorizadas al ente acusador, lo que también permitió la incautación de tres (3) grandes cargamentos de drogas ilícitas en cantidades de 402, 804 y 683 kilogramos de cocaína respectivamente, procedentes de las costas Nariñenses (Tumaco), y que tenían como destino países Centro Americanos, movilizados en lanchas rápidas.

Los cargos formulados a JR lo fueron como coautor material de un concurso de delitos de ***CONCIERTO PARA DELINQUIR CON FINES DE NARCOTRÁFICO,*** establecido en el artículo 340 inciso 2 del Código Penal (modificado por el artículo 19 de la ley 1121 de 2006), y ***TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES*** que trata el artículo 376 del Código Penal, modificado por el artículo 11 de la ley 1453 de 2011, en doble modalidad ***AGRAVADA*** por las circunstancias establecidas en los artículos 377B y 384 del Código Penal.

2.- En el curso de esta audiencia el imputado manifestó su voluntad de allanarse a cargos, lo cual fue controlado y valorado positivamente por el Juez de Control de Garantías, dándose paso a la radicación del correspondiente Escrito de Acusación con allanamiento a cargos por parte de la Fiscalía, lo cual tuvo ocurrencia el día 5 de abril de 2017 ante el centro de servicios administrativos de los Juzgados Penales del Circuito Especializados de Pasto (ver folios 1 a 11 de la carpeta).

3.- Fue asignado el caso al Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Pasto, en donde se convocó a los interesados el día 6 de julio de 2017 para la celebración de la audiencia pública de individualización de pena y sentencia, acto judicial en el cual la defensa de JR instauró un trámite incidental de nulidad del acto de allanamiento a cargos, aduciendo violación de garantías fundamentales, el cual fue resuelto positivamente por la Jueza del Conocimiento, pero en términos de *"retractación del allanamiento"*, disponiendo que el proceso se siguiera adelantando por el trámite ordinario.

4.- En desarrollo de la misma audiencia solicitó el uso de la palabra la Fiscal 30 Especializada de la Unidad DFBACRIM, en cuyas manos se había delegado el ejercicio de la acción penal, quien manifestó que había llegado a un preacuerdo con el acusado LAJR y su equipo de defensa, el cual se autorizó para que fuera puesto inmediatamente a consideración de la Jueza del Conocimiento, y que concluyó en los siguientes términos: (1) La Fiscalía indica que va a realizar una variación de la imputación como producto de la recopilación de nuevos elementos probatorios, la cual ya no será a título de coautor o de autor sino de COMPLICIDAD, frente a los delitos de ***CONCIERTO PARA DELINQUIR AGRAVADO*** (340 inciso 2 del Código Penal), en concurso con el punible de ***TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES*** (artículo 376 inciso 2 del Código Penal) en la modalidad ***AGRAVADA***, por las circunstancias de los artículos 377 B y 384 del Código Penal, por aquello del uso de naves semisumergibles o sumergibles en las labores de traficación de drogas, como también por la cantidad de estupefacientes a base de cocaína incautados. (2)Se ofrece el reconocimiento de la ***PRISIÓN DOMICILIARIA,*** en favor de JR, como único beneficio compensatorio, para el evento que decida aceptar cargos, lo cual dice que es procedente al haber establecido que colaboró eficazmente con la justicia, indicando que con su ayuda han logrado expedir varias boletas de captura en Colombia, Ecuador México, Guatemala y Estados Unidos. (3)Al final se indica que existe un preacuerdo o pacto de imposición de la pena principal de prisión en once (11) años, pero se deja a la autonomía y valoración del Juez las demás penas principales y accesorias.

Estos cargos fueron aceptados sin vacilación por el señor JR, manifestación que al estar precedida del debido asesoramiento del defensor fue aprobada por la Jueza del Conocimiento, lo cual abrió paso a la audiencia del 447 procesal penal para individualización de pena y sentencia, para finalmente disponer el traslado de lugar de reclusión formal en la que el sujeto se encontraba a su residencia, porque que el tema de la situación privativa de la libertad en el domicilio del penado hacía parte de preacuerdo que se acababa de aprobar. De acuerdo con lo anterior, solo quedaba pendiente la emisión de la sentencia condenatoria.

5.- Antes de que se citara a la audiencia de lectura de fallo, el Agente del Ministerio Público que actúa en el proceso, radicó escrito ante el Juez de Conocimiento peticionando la celebración de audiencia porque iba a solicitar la nulidad del preacuerdo que había sido aprobado el 6 de julio anterior (Folio 41), lo cual efectivizó en la audiencia celebrada el 2 de noviembre de 2017, aduciendo la existencia de varias irregularidades o violaciones a garantías fundamentales. Esta petición fue despachada negativamente por el Juzgado de Primera Instancia y ameritó impugnación del Agente del Ministerio Público, quien sustentó la alzada cuestionando básicamente que la retractación del allanamiento a cargos no era viable en los términos establecidos en la ley, de suerte que el posterior preacuerdo era irregular (violación del debido proceso); igualmente indicó que debía revisarse si era posible reconocer por virtud del preacuerdo la prisión domiciliaria al acusado JR como beneficio compensatorio, porque esta se encuentra prohibida por el artículo 68A del Código Penal respecto de los delitos de Narcotráfico (violación del principio de legalidad de las penas) y que no se está frente a los eventos de beneficios por colaboración que permiten la aplicación excepcional de la prisión domiciliaria, ya que no estamos frente a un caso de aplicación del principio de oportunidad.

6.- Esta Sala de decisión se pronunció el 17 de abril de 2018, confirmando el auto que negaba la nulidad; se indicó que el acto judicial que había declarado la validez de la retractación del allanamiento inicial a cargos, había logrado total firmeza y se hacía inatacable, situación que formal y materialmente habilitaba a la Fiscalía y a la Defensa para buscar otras fórmulas de terminación anticipada del proceso, entre ellas los preacuerdos. Seguidamente se indicó que el debate sobre la viabilidad excepcional de pactar como beneficio compensatorio la prisión domiciliaria, para este caso en que uno de los punibles base de acusación se encuentra prohibido por el artículo 68A del Código Penal, no resultaba admisible en ese momento procesal porque aparejaba un control material al preacuerdo, y que la jurisprudencia reiterativa de la Corte Suprema de Justicia no los admitía; de suerte que este tema sustancial o de fondo debía diferirse para su análisis en la sentencia de condena, acto final éste que sí permite este tipo de controles.

7.- Al retornar el asunto a la sede del Juzgado de Conocimiento, se emitió sentencia condenatoria anticipada el día 22 de mayo de 2018, en contra de LAJR, al aceptar responsabilidad como CÓMPLICE de un concurso de delitos de TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES, en la modalidad agravada, en concurso con el punible de CONCIERTO PARA DELINQUIR CON FINES DE NARCOTRÁFICO, imponiéndose penas de 11 años de prisión, conforme lo preacordado; también se impuso multa por valor de 2.700 salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo tiempo de la

pena privativa de la libertad. Esta decisión ha sido objeto de impugnación por el Agente del Ministerio Público, lo que ha dado lugar al arribo del proceso a esta instancia judicial.

FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN:

El Procurador Judicial GERMÁN TREJO NARVÁEZ muestra su disconformidad con la sentencia cuestionando en primer lugar el cambio de tipificación de coautoría a complicidad en los delitos que se le atribuyen a JR. Indica en segundo lugar que se afecta el principio de legalidad de las penas cuando se pactó la sanción en 11 años de prisión, porque el delito más grave es el de uso de naves sumergibles o sumergibles, previsto en el artículo 377B del Código Penal el que precave una sanción mínima de 15 años de prisión, a la cual hay que aplicarle el agravante del artículo 384 numeral 3, de suerte que aun aplicando el fenómeno de la complicidad la sanción no podría ser inferior a los 15 años. Finalmente dice que el preacuerdo también debe removerse, porque el beneficio compensatorio que se le ofrece de purgar la pena de prisión en condiciones domiciliarias no aplica en éste caso por el monto de pena mínima de los delitos imputados y la existencia de prohibiciones legales en el artículo 68A para los punibles de narcotráfico y concierto para delinquir agravado, amen que no se está en el marco de aplicación del principio de oportunidad, que permita manejar este beneficio extraordinario.

PROBLEMAS JURÍDICOS A RESOLVER:

La revisión atenta de la carpeta, de cara a las argumentaciones planteadas por el sujeto impugnante, nos permite advertir que los siguientes son los problemas jurídicos fundamentales que se deben abordar por esta Colegiatura:

1.- ¿Puede cuestionarse y removerse la variación de la calificación jurídica que la Fiscalía realizó a LAJR de coautor a cómplice, aduciendo que era un "ajuste de legalidad"?

2.- ¿Hay lugar a declarar la nulidad del acto de aprobación del preacuerdo celebrado entre la Fiscalía y el señor JR por violación del principio de legalidad de las penas, en lo que respecta a la determinación de las sanciones en caso de concurso de delitos (11 años de prisión) y/o la aplicación del sustituto de prisión domiciliaria?

ARGUMENTACIONES DE LA SALA:

1.- <u>Cuestiones preliminares.</u>

Sea lo primero indicar que con fundamento en la impugnación vertical presentada por el Agente del Ministerio Público, contra la sentencia condenatoria emitida anticipadamente por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Pasto, corresponde a la Sala revisar el preacuerdo al que llegaron la Fiscalía y el equipo de defensa del señor LAJR a efecto de verificar si su configuración se ha producido con violación de garantías fundamentales que lo enerven.

Recordemos que el presente asunto se ha venido surtiendo por las ritualidades de la Ley 906 de 2004, que desarrolla los principios básicos de un modelo o sistema penal de estirpe acusatorio, también llamado adversarial, de contradictores o de partes. Éste se está intentando finiquitar a través de un mecanismo anticipado y alternativo de sentenciamiento, como lo es el de los preacuerdos o negociaciones de responsabilidad, previstos en los artículos 350 y siguientes del Código de Procedimiento Penal, debido a que han podido llegar a un acuerdo una delegada del ente encargado constitucionalmente del ejercicio de la acción penal, con el equipo de defensa de un ciudadano procesado por un concurso de delitos, con el fin de agilizar la culminación del asunto con sentencia condenatoria, evitando el desgaste del aparato judicial que se deriva del adelantamiento del juicio, basado en la asunción de responsabilidad por el acusado, a cambio de lo cual se le otorga un beneficio punitivo, merced a que ha venido colaborando activamente con la administración de justicia.

Según se colige del acta presentada por los interesados al control del Juez de Conocimiento, el acuerdo de voluntades suscrito por el equipo defensa con la Fiscalía 30 Especializada contra el Narcotráfico de Bogotá, es suficientemente claro y de cierta manera sencillo, según pasamos a establecer:

La imputación que inicialmente se había realizado por el fenómeno de la coautoría se modifica unilateralmente

por la Fiscalía a título de ***COMPLICIDAD,*** esto es que se reconoce dicho fenómeno jurídico como verdadero derecho frente a los delitos de ***CONCIERTO PARA DELINQUIR AGRAVADO*** (340 inciso 2 del Código Penal), en concurso con el punible de ***TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES*** (artículo 376 inciso 2 del Código Penal) en la modalidad ***AGRAVADA,*** se indica que por las circunstancias de los artículos 377 B y 384 del Código Penal, por aquello del uso de naves semisumergibles o sumergibles en las labores de traficación de drogas, como también por la cantidad de estupefacientes a base de cocaína incautados. Se acuerda la pena a imponer en once (11) años de prisión y consustancialmente se ofrece el reconocimiento del sustituto de la ***PRISIÓN DOMICILIARIA,*** en favor de JR, como único beneficio compensatorio, el que se dice aplicable por aquello de que ha operado colaboración con la justicia por parte del acusado.

A partir de las precisiones anteriores, pasaremos a analizar los problemas jurídicos planteados:

2.- La variación de la imputación realizada por la Fiscalía de Coautoría a Complicidad.

Como se indicó en precedencia, el primer punto de disenso planteado por el Agente del Ministerio Público frente al preacuerdo es que la Fiscalía le dio un inexplicable *"giro copernicano"* (sic) a la imputación al variarla de coautoría hacia la forma de participación de la complicidad, aspecto que no comparte porque dentro de la investigación realizada se ha establecido que la organización criminal que se pretendía desarticular tiene dos (2) cabezas visibles, conocidas con los alias de *"Carlos o Andrés"* y *"Tito o Don Ti",* correspondiendo supuestamente el primero a LAJR y el segundo a TARY.

Para la Sala este cuestionamiento del Procurador no puede servir de fundamento para invalidar el preacuerdo, porque esta variación de la calificación jurídica del proceso ha sido presentada por la Fiscalía como producto de su auto-convencimiento, como un ajuste de legalidad a la imputación, merced a las evidencias acopiadas en el curso instruccional dentro de su programa metodológico de investigación, especialmente teniendo en cuenta un interrogatorio a indiciado, que había rendido el señor JR. Precisamente por ser esta readecuación típica un acto material de parte, no le resulta posible al Juez de Conocimiento intervenir en ella para controvertir la calificación jurídica que le brinda al caso el sujeto titular exclusivo y excluyente de la acción penal, como tampoco es dable permitir que las demás partes o intervinientes veten dicha decisión.

Bien hizo la Jueza de Primer Grado al realizar una escisión al acta de preacuerdo, porque insistimos en que la ***COMPLICIDAD*** no ha sido objeto de negociación inter-partes, ya que simplemente ha sido reconocida como un derecho material del imputado, y ***"los derechos no se negocian, sino que deben ser reconocidos al ciudadano que los detenta"***. Por esta potísima razón este punto de disenso no está llamado a prosperar.

3.- Análisis del preacuerdo para establecer si la sanción pactada de once (11) años de prisión se ajusta al principio de legalidad de la pena, en caso de concurso.

En la órbita de verificar si lo que hace parte del convenio se ciñe al principio de legalidad de las penas, que indica el Procurador apelante ha sido vulnerado, encuentra la Sala que el preacuerdo conjuga siete (7) normas aplicables al caso, como son: [(1)]el artículo 340 del Código Penal en su inciso segundo, modificado por los artículos 8 de la ley 733 de 2002 y el 19 de la ley 1121 de 2006 que regula el delito de ***CONCIERTO PARA DELINQUIR CON FINES DE NARCOTRÁFICO,*** estableciendo penas de prisión de 8 a 18 años y multa de 2.700 a 30.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes; [(2)]el artículo 376 del Código Penal en su inciso 1, modificado por el artículo 11 de la ley 1453 de 2011 que consagra el punible de ***TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES*** y establece penas de prisión de 128 a 360 meses y multa de 1.334 a cincuenta mil salarios mínimos legales mensuales vigentes; [(3)]el artículo 377B del Código Penal, modificado por el artículo 2 de la ley 1311 de 2009, que establece como circunstancia agravante y penas autónomas de 15 a 30 años de prisión y multa de 70.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes el uso de naves semisumergibles o sumergibles –entre otras- para transportar estupefacientes; [(4)]el artículo 384 del Código Penal que en su numeral 3 consagra como circunstancia de agravación, para los delitos de narcotráfico, y duplica los mínimos de las penas, cuando la cantidad incautada de estupefacientes sea superior de 1000 kilos de marihuana, 100 kilos de marihuana hachís, 5 kilos de cocaína o metacualona o 2 kilos si se trata de sustancia derivada de la amapola; [(5)]el artículo 30 del Código Penal que regula la pena que se debe aplicar en caso de complicidad delictual, que fue un dispositivo amplificador reconocido por la Fiscalía como derecho del acusado, según el cual las sanciones previstas para el autor se disminuye entre una sexta parte (1/6) y la mitad

(1/2), y que debe aplicarse a las dos ilicitudes anteriores, porque no se hizo escisión alguna; (6)el artículo 31 que regula el sistema de aplicación de las penas en caso de concurso de delitos; y (7)el artículo 68A del Código Penal que habilita la aplicación de la ***PRISIÓN DOMICILIARIA***, más allá de las prohibiciones legales, cuando se está en presencia de situaciones de beneficios por colaboración eficaz.

Con este preacuerdo renuncia el imputado JR a la posibilidad de controvertir su inocencia dentro del trámite del juicio oral, público, contradictorio, en igualdad de condiciones con la Fiscalía y con práctica de pruebas inmediadas por el Juez de conocimiento, o de eventualmente obtener la absolución desestructurando la conducta punible o acreditando una causal de ausencia de responsabilidad; todo exclusivamente con miras a la obtención del beneficio personal consistente en el purgamiento de la pena de prisión en condiciones domiciliarias, como ya se referenció en el párrafo anterior.

Comencemos indicando 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 en eventos de concurrencia delictual se acomoda al mecanismo conocido por la doctrina como de *"acumulación jurídica de penas"*[1], el cual se encuentra en oposición y de verdad proscribe 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 como tesis dominante que "*... 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.

---

[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.

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 ser inferior a la establecida para el delito mayor o más grave, como tampoco puede exceder el doble de ésta.

Así las cosas, en eventos de terminación anticipada por virtud de preacuerdo, que también cobije un pacto de pena entre las partes, debe respetarse el marco o espacio de movilidad punitiva anterior, el cual oscila entre la pena correspondiente al delito mayor, aumentada al menos en un (1) día, hasta la suma aritmética de las penas que corresponden a todos los delitos concurrentes. Negociar por encima o por debajo de estos límites implica, ni más ni menos, que vulnerar el principio de legalidad de las sanciones.

En el evento objeto de estudio tanto la Fiscal 30 Especializada de la Unidad de Narcotráfico de Bogotá, que ingresó en proceso de negociación para finiquitar el asunto consensuadamente con JR, como la Jueza que en funciones de conocimiento lo revisó y lo aprobó en la audiencia del 6 de julio de 2017, y con fundamento en él condenó en la providencia que se revisa, realizaron un inadecuado proceso de dosificación punitiva, porque no atendieron ninguna de las pautas anteriores relativas al orden, parámetros y reglas establecidas por el legislador en el proceso de determinación de las penas establecidas en los tipos penales concurrentes, lo cual resultaba fundamental para establecer el delito más grave que iría a regir la determinación final de las penas por el concurso y fijaría el baremo a tener en cuenta para efectos de la tasación consensuada de la pena, por virtud del preacuerdo; de manera extremadamente laxa simplemente fijaron una pena a imponer de once (11) años de prisión, pero no se advierte razonamiento alguno de la forma como llegaron a dicho monto.

Procederá entonces la Sala a establecer la forma como debió adelantarse el procedimiento, respecto de cada delito concurrente, y solo se tocará lo relativo a la pena de prisión porque fue la única modalidad pactada entre la Fiscalía y la Defensa:

3.1.- Respecto del primer delito imputado, esto es el de ***CONCIERTO PARA DELINQUIR CON FINES DE NARCOTRÁFICO***, del artículo 340 inciso 2 del Código Penal, que establece penas de prisión de 8 a 18 años y multa de 2.700 a 30.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes, al conjugarse con la rebaja de pena por complicidad (artículo 30 inciso 2 del Código Penal), esto es de la sexta parte a la mitad, según la regla del numeral 5 del artículo 60 penal sustantivo, la mayor rebaja (1/2) se aplica al mínimo y la menor proporción (1/6 parte) al máximo, se obtienen los siguientes resultados:

TIPO DE SANCIÓN DEL DELITO DE NARCOTRÁFICO	**PENA MÍNIMA – REBAJA DE LA MITAD POR COMPLICIDAD**	**PENA MÁXIMA – REBAJA DE LA SEXTA PARTE POR COMPLICIDAD**
PENA DE PRISIÓN	8-(8/2)=8-4=4 CUATRO AÑOS DE PRISIÓN	18-(18/6)=18-3=15 QUINCE AÑOS DE PRISIÓN

3.2.- En lo referente al segundo delito imputado, esto es el de ***FABRICACIÓN TRÁFICO O PORTE DE ESTUPEFACIENTES,*** del artículo 376 inciso 2 del Código Penal, que establece penas de prisión de 128 a 360 meses y multa de 1.334 a 50000 mil salarios mínimos legales mensuales vigente, resulta necesario realizar consideraciones particulares sobre la aplicabilidad de las dos (2) circunstancias específicas de agravación punitivas endilgadas.

La primera de ellas es el artículo 377B del Código Penal, norma esta creada por la ley 1131 de 2009 con la cual el Estado Colombiano buscó acabar con la impunidad en la construcción, uso, comercialización y/o tenencia de sumergibles y semisumergibles.

La razón de ser de tal determinación legislativa deriva de que la financiación, construcción o en general la utilización de estas naves, no cuentan con la aprobación de la Autoridad Marítima y que por su naturaleza, características y costos, no tienen otra destinación que la de servir como medios para evadir el control de las autoridades en la traficación de estupefacientes. Ahí surge la necesidad de judicializar autónomamente este

delito, teniendo en cuenta que las organizaciones delincuenciales utilizan los sumergibles y semisumergibles para el transporte de grandes cantidades de drogas alucinógenas y cuando son sorprendidos por la autoridad destruyen la evidencia, hundiendo el artefacto, siendo necesario que en la mayoría de los casos se pase de una operación de interdicción marítima a una de rescate. Informes de la Armada Nacional[4] permitían calcular en el año 2009 que cada semisumergible, equipado completamente podría tener un costo entre mil quinientos y dos mil millones de pesos, pudiendo llevar en cada viaje entre 8 y 10 toneladas de carga. Además, la utilización de estos artefactos le ha permitido a las organizaciones delictivas adquirir una gran ventaja en su nefasta actividad, pues las características de estas naves dificultan en un alto grado la detección por parte de las autoridades. Su diseño permite a los delincuentes deshacerse fácilmente de la carga ilícita al ser detectados, imposibilitando su judicialización y permitiendo que las personas dedicadas a estas actividades ilícitas puedan nuevamente intentarlo, teniendo en cuenta que la experiencia de estas personas de haber sido interceptados les da un valor agregado para las organizaciones delictivas.

Esta ley 1131 de 2009 consta de dos artículos, que adicionan el Código Penal originario en igual número de normas, que constituyen el 377A y 377B, las cuales son del siguiente tenor literal:

> ***Artículo 377A. Uso, construcción, comercialización y/o tenencia de semisumergibles o sumergibles.*** *El que sin permiso de la autoridad competente financie, construya, almacene, comercialice, transporte, adquiera o utilice semisumergible o sumergible, incurrirá en prisión de seis (6) a doce (12) años y multa de mil (1.000) a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.*
>
> ***Parágrafo.*** *Para la aplicación de la presente ley, se entenderá por semisumergible o sumergible, la nave susceptible de moverse en el agua con o sin propulsión propia, inclusive las plataformas, cuyas características permiten la inmersión total o parcial. Se exceptúan los elementos y herramientas destinados a la pesca artesanal.*
>
> ***Artículo 377B. Circunstancias de agravación punitiva.*** *Si la nave semisumergible o sumergible es utilizada para almacenar, transportar o vender, sustancia estupefaciente, insumos necesarios para su fabricación o es usado como medio para la comisión de actos delictivos la pena será de quince (15) a treinta (30) años y multa de setenta mil (70.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.*
>
> *La pena se aumentará de una tercera parte a la mitad cuando la conducta sea realizada por un Servidor Público o quien haya sido miembro de la Fuerza Pública.*

Si se atiende la aplicación estricta del artículo 377B del Código Penal resulta fácil colegir que esta norma no constituye ni puede ser aplicada como circunstancia de agravación específica para el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, establecido en el artículo 376 del Código Penal, sino exclusivamente para la tipología del 377A que regula la utilización, construcción, comercialización o tenencia de sumergibles o semisumergibles, que como se ha dicho fue creado por la ley 1131 de 2009; de suerte que se atenta contra el principio de legalidad del delito cuando se le otorga dicho alcance de agravación punitiva frente a un delito diferente.

Con todo, si la aplicación del artículo 377B del Código Penal se mantiene, como debe mantenerse ya que aparece en la formulación de imputación y en el escrito de acusación con preacuerdo, entonces a las penas establecidas por dicha norma debe aplicársele los efectos de la circunstancia agravante del artículo 384 numeral 3 del Código Penal, la cual también ha sido derivada en su imputación por la Fiscalía, dado que la cantidad de estupefaciente incautada a la organización criminal que utilizaba sumergibles y semisumergibles para el narcotráfico, de la que se dice LAJR hace parte, supera con creces los cinco (5) kilos de cocaína establecidos en la norma, de cuyo contenido normativo se establece que el mínimo de esta pena se duplica, lo que deriva el siguiente resultado respecto de la pena de prisión, que fue la convenida:

[4]https://www.armada.mil.co/es/content/desvertebrada-la-m%C3%A1s-grande-organizaci%C3%B3n-de-construcci%C3%B3n-de-semisumergibles-al-servicio-del-narcotráfico.

TIPO DE SANCIÓN DEL ARTÍCULO 377 B	PENA MÍNIMA, QUE SE DUPLICA POR EL 384 NUMERAL 3 DEL C.P.	PENA MÁXIMA
PENA DE PRISIÓN	15 x 2= 30 TREINTA AÑOS DE PRISIÓN	30 TREINTA AÑOS DE PRISIÓN

Como se puede notar, se trata de uno de los eventos de ***PENA ÚNICA,*** que aplica por efecto de la modalidad legislativa utilizada para el aumento de penas y que en éste caso concreto la sanción sería de ***TREINTA (30) AÑOS DE PRISIÓN.*** A esta situación debe aplicársele el artículo 30 inciso 2 del Código Penal, que trata el tema de la ***COMPLICIDAD,*** y consagra la ya citada disminución punitiva de la sexta parte a la mitad. Por simple aplicación favorable de la ley, efecto propio del principio ***"FAVOR REI",*** ante un caso de pena única debemos aplicar la mayor rebaja punitiva, que sería la de la mitad de la pena, obteniéndose como resultado que la sanción a imponer sería de ***QUINCE (15) AÑOS DE PRISIÓN.***

3.3.- Ahora bien, si la circunstancia agravante del artículo 384 numeral 3 se aplicara exclusivamente respecto del punible de ***CONCIERTO PARA DELINQUIR CON FINES DE NARCOTRÁFICO,*** del artículo 376 inciso 2 del Código Penal, que establece penas de prisión de 128 a 360 meses y multa de 1.334 a 50000 mil salarios mínimos legales mensuales vigentes, entonces los resultados punitivos serían los siguientes, respecto de la pena de prisión:

TIPO DE SANCIÓN DEL ARTÍCULO 367 del C.P.	PENA MÍNIMA, QUE SE DUPLICA POR EL 384 NUMERAL 3 DEL C.P.	PENA MÁXIMA
PENA DE PRISIÓN	128 x 2= 256 Meses DOSCIENTOS CINCUENTA Y SEÍS MESES DE PRISIÓN	360 MESES TRESCIENTOS SESENTA MESES DE PRISIÓN

A su vez, al conjugarse estos montos con la rebaja de pena por ***COMPLICIDAD*** (artículo 30 inciso 2 del Código Penal), esto es de la sexta parte a la mitad, se obtienen los siguientes resultados:

TIPO DE SANCIÓN DELITO DE NARCOTRÁFICO AGRAVADO	PENA MÍNIMA – REBAJA DE LA MITAD POR COMPLICIDAD	PENA MÁXIMA – REBAJA DE LA SEXTA PARTE POR COMPLICIDAD
PENA DE PRISIÓN	256-(256)=256-128=128 CIENTO VEINTIOCHO MESES DE PRISIÓN	360-(360/6)=360-60=300 TRESCIENTOS MESES DE PRISIÓN

De acuerdo con lo precedentemente indicado, ***en cualquiera de las variables punitivas antedichas, en momento alguno la pena imponible al caso concreto de LAJR pudiera ser inferior a quince (15) años de prisión, más un día, esto en virtud de la existencia de un concurso de conductas punibles***, ya que la aplicación de penas derivadas de la conjugación de los artículos 377B y 384 numeral 3 del Código Penal revelan esa sanción única.

Al establecerse que el pacto de imposición de la pena principal privativa de la libertad al que llegaron la Fiscalía y la defensa fue de apenas once (11) años de prisión, resulta claro que el preacuerdo vulnera de manera ostensible el principio de legalidad de las penas, establecido en los artículos 29 Constitucional y el 6 de la Ley 906 de 2004 (Código de Procedimiento Penal), de suerte que desde un comienzo no debió ser aprobado por el Juez de conocimiento, so pena de incurrir en grave violación de la ley sustancial y de garantías constitucionales. Pero, contrario a lo que jurídicamente correspondía, la Jueza Segunda Especializada de Pasto ligeramente aprobó la negociación, generando en las partes una expectativa que no podía ser concretada en la sentencia.

4.- Sobre el acuerdo para conceder la prisión domiciliaria, como único beneficio compensatorio.

Nos encontramos frente a un evento en el cual no resulta aplicable la causal general de Prisión Domiciliaria, establecida en el artículo 38B del Código Penal, por aquello que al menos uno de los delitos imputados reporta una pena mínima superior a los ocho (8) años de prisión, que constituye uno de los requisitos objetivos para su procedencia, lo mismo que todos los punibles concurrentes (concierto para delinquir agravado y tráfico de estupefacientes) se encuentran incluidos en la lista del artículo 68A del Código Penal en los que no se permite la concesión de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, la prisión domiciliaria, ni ningún otro beneficio judicial o administrativo, quedando exceptuados los eventos de colaboración eficaz.

Precisamente con el apoyo de esta situación excepcional es que la Fiscalía y la Defensa preacordaron la responsabilidad penal de JR, y como contraprestación se le ofreció el pago de la pena de once (11) de prisión en condiciones domiciliarias. Como quiera que en la apelación sustentada por el Procurador Judicial se indica que dicha concesión vulnera el principio de legalidad de la pena y que además éste beneficio por colaboración se encuentra indebidamente aplicado, pasa la Sala dilucidar la situación configurada.

Partimos de recordar que el vigente Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004), contrario a lo establecido en el anterior de la ley 600 de 2000, NO consagró un sistema de beneficios por colaboración con la justicia para que la Fiscalía General de la Nación pueda enfrentar de mejor manera la llamada *MACROCRIMINALIDAD*, más allá de aquellos asuntos aislados que consagran los institutos procesales que permiten aplicar rebajas punitivas y beneficios judiciales o administrativos en casos de allanamiento a cargos, preacuerdos o negociaciones, y lo relacionado al principio de oportunidad, cada uno de los cuales goza de autonomía jurídica.

Con todo, ante la coexistencia de los dos (2) sistemas procesales para enfrentar la criminalidad, un sector minoritario de la doctrina considera que el esquema de beneficios por colaboración con la justicia establecidos en los artículos 413 a 418 de la Ley 600 de 2000 aún conserva aplicabilidad. Pero ello no resulta atinado porque precisamente por iniciativa de la Fiscalía General de la Nación se han intentado reformas judiciales[5] para reestablecer en Colombia el sistema de JUSTICIA PREMIAL, con resultados hasta ahora infructuosos.

Con todo, de admitirse la vigencia de los llamados *"beneficios por colaboración"* de la normatividad procesal penal anterior, resultaría apenas normal exigir que su aplicación se ajuste a los lineamientos establecidos en la propia ley que los creó (artículos 413 a 418 de la Ley 600 de 2000[6]), de cuyo contenido se advierte que es el Fiscal

---

[5] http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-15583059. El diario EL TIEMPO, en su edición impresa del 16 de abril de 2015 publicó esta noticia: *"Un ambicioso proyecto de reforma del Código de Procedimiento Penal radicado este jueves por la Fiscalía y el Ministerio de Justicia abre la puerta para que* ***personas ya condenadas puedan obtener beneficios por colaboración****".*
"Aunque esa gabela existía en el viejo sistema inquisitivo, en la reforma que en el 2005 dio vida al nuevo sistema penal acusatorio no fue incluida. Por eso, hoy no hay una vía jurídica clara para que una persona que ya ha sido condenada pueda recibir algún tipo de rebaja de pena si colabora eficazmente con la justicia".
"Ese tipo de ***beneficios se podrían aplicar a casos como el de la exdirectora del DAS María del Pilar Hurtado,*** *quien ya fue condenada por las chuzadas ilegales y a quien el ente acusador le ha ofrecido beneficios si decide declarar en contra de otros supuestos responsables o partícipes de esos seguimientos ilegales.*
Según el proyecto presentado en la Comisión I de la Cámara, los beneficios se podrían conceder a un condenado si entrega información "veraz, eficaz y oportuna" que sea útil para la administración de justicia en procesos penales, extinción de bienes o fuentes de financiación, que permita evitar delitos o que lleve a la ubicación de secuestrados desaparecidos o fosas comunes. Como contraprestación a esa colaboración, los ya sentenciados podrían recibir una rebaja de pena de hasta la sexta parte, casa por cárcel, libertad condicional y hasta incorporación al programa de Protección de Testigos".
"En todo caso, de ser aprobado el articulado, el acuerdo tendría que ser avalado por un juez de control de garantías y si el testigo no cumple con sus compromisos perdería todos los beneficios".

[6] **Artículo 413.** *Beneficio por colaboración*. El Fiscal General de la Nación o el delegado especial que designe para tal efecto, podrá acordar uno o varios de los beneficios consagrados en este artículo con las personas que sean investigadas, juzgadas o condenadas, en virtud de la colaboración que presten a las autoridades de cualquier orden para la eficacia de la administración de justicia, sujetándose el acuerdo a la aprobación del juez competente, previo concepto del Ministerio Público. El Texto Subrayado fue Declarado Inexequible por la Sentencia de la Corte Constitucional 760 de 2001 .
La proposición de beneficios por parte de la Fiscalía General de la Nación estará fundamentada en la evaluación de las pruebas señaladas por el colaborador y que contribuyan eficazmente a:
1. La identificación de dirigentes o cabecillas de organizaciones delictivas y la demostración de su responsabilidad.

General de la Nación o un Delegado especial designado para tal efecto el que puede preacordar uno o varios de los beneficios con los sindicados o condenados, de acuerdo con lo cual no todos los Fiscales del país tendrían competencia ni autonomía para negociar y reconocer beneficios por colaboración, en los caos sometidos a su estudio, dirección o manejo.

---

2. La identificación de bienes y fuentes de financiación de organizaciones delictivas que conlleven a su incautación.
3. La localización del lugar en donde se encuentra el secuestrado o el desaparecido o suministre prueba que permita deducir responsabilidad penal del determinador o director, cabecilla, financista o promotor del concierto para cometer delitos o de asociación organizada para los mismos.

Se tendrá como eficaz la colaboración cuando al menos haya sido soporte de resolución de acusación, incautación de bienes y establecimiento de las fuentes de financiación o localización del secuestrado, salvo que por negligencia del funcionario no hubiese sido posible establecerlo.

Podrán acordarse, acumulativamente y en razón del grado de colaboración, una disminución de una sexta (1/6) hasta una cuarta (1/4) parte de la pena que corresponda al sindicado en la sentencia condenatoria, sustitución de la prisión por prisión domiciliaria, suspensión condicional de la ejecución de la pena o la libertad condicional en los términos previstos en el Código Penal e incorporación al programa de protección a víctimas y testigos.

De estos beneficios queda excluido el determinador de la conducta punible, el director, cabecilla, financista o promotor del concierto para adelantar delitos de secuestro o de la asociación organizada para ello.

En ningún caso los beneficios podrán implicar la exclusión total del cumplimiento de la pena, ni estarán condicionados a la confesión del colaborador.

No procederán los beneficios en ningún caso, cuando quien los solicite haya reincidido en la comisión de conductas punibles con posterioridad al otorgamiento de los mismos.

Artículo 414. *Trámite*. Si la colaboración se realiza durante la etapa de instrucción, el acuerdo entre el Fiscal General de la Nación o su delegado y el procesado será consignada en un acta suscrita por los intervinientes, la cual se remitirá al juez para el control de legalidad respectivo.

Recibida el acta, el juez en un plazo no superior a cinco (5) días hábiles podrá formular observaciones al contenido de la misma y al otorgamiento de los beneficios, en auto que no admite recursos y ordenará devolver las diligencias al fiscal de manera inmediata, para continuar el trámite.

Dentro de un término no superior a diez (10) días hábiles, el Fiscal General de la Nación o su delegado y el procesado se pronunciarán sobre las observaciones del juez en acta complementaria, la cual devolverán a éste.

Recibida el acta original o la complementaria, según el caso, el juez en un lapso no superior a diez (10) días hábiles aprobará o improbará el acuerdo mediante providencia interlocutoria, susceptible de los recursos ordinarios cuando se hubiere improbado el acuerdo, los que podrán ser interpuestos por el procesado, su defensor, el Fiscal General de la Nación o su delegado, o el agente del Ministerio Público.

Aprobado el mismo, el juez reconocerá los beneficios en la sentencia.

Cuando la persona solicite sentencia anticipada y manifieste su deseo de colaborar eficazmente con la justicia, se aplicará el trámite establecido para aquella.

Si la colaboración proviene de persona condenada, el juez de ejecución de penas o quien haga sus veces, a solicitud del Fiscal General de la Nación o su delegado, decidirá sobre la concesión del beneficio dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la recepción de la solicitud.

Si el juez encuentra la solicitud ajustada a la ley, el juez de ejecución de penas concederá el beneficio mediante auto que no admite ningún recurso. En caso contrario, se pronunciará sobre las razones que motivaron su decisión mediante providencia susceptible de los recursos ordinarios.

Las obligaciones de que trate este artículo se garantizarán mediante caución que será fijada por el funcionario judicial y suscripción de diligencia de compromiso.

Artículo 415. *Revocatoria.* El funcionario judicial que otorgó el beneficio lo revocará cuando encuentre que se ha incumplido alguna de las obligaciones impuestas, se ha incurrido en el delito de fuga de presos o en falta grave contra el régimen penitenciario, durante el respectivo período de prueba.

Artículo 416. *Prohibición de acumulación.* Los beneficios por colaboración con la justicia aquí previstos, son incompatibles con los consagrados para las mismas conductas en otras disposiciones.

Otorgados los beneficios, no podrán concederse otros adicionales por la misma colaboración.

Quien sea condenado por el delito de concierto para delinquir agravado por organizar, fomentar, promover, dirigir, encabezar, constituir o financiar el concierto o la asociación, en concurso con otros delitos, podrá acogerse a la sentencia anticipada y tendrá derecho a las rebajas por confesión y por colaboración eficaz con la justicia, pero en ningún caso la pena que se le imponga podrá ser inferior a la que corresponda en concreto sin disminuciones para el delito más grave.

Parágrafo. En ningún caso la pena que se imponga podrá ser inferior a la mínima señalada para el delito más grave.

Artículo 417. *Reuniones previas.* En cualquiera de las etapas procesales podrá el Fiscal General de la Nación o su delegado, celebrar reuniones con los colaboradores, cuando no exista orden de captura contra los mismos, o, en caso contrario con sus apoderados legalmente constituidos, para determinar la procedencia de los beneficios.

Artículo 418. *Registro nacional.* Los funcionarios judiciales que concedan o revoquen beneficios por colaboración con la justicia deberán enviar al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, INPEC, la relación de los mismos con el fin de ser ingresada al registro nacional de beneficios por colaboración con la justicia. Dicha relación deberá contener:

1. Nombre y apellidos de la persona a quien ha sido concedido o revocado el beneficio. En todo caso, deberá mencionarse el número del documento de identificación de la persona beneficiada.
2. Identificación del proceso que se sigue o se adelantó contra el beneficiario con la relación completa del delito o delitos por los cuales se procesa o se profirió condena.
3. Disposición legal que dio origen a la concesión o revocatoria del beneficio, y
4. Obligaciones impuestas a la persona beneficiada.

La información a que hace referencia este artículo se enviará dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria de la providencia en que se conceda o revoque el beneficio.

A pesar de lo anterior, la Fiscal 30 Especializada de la Unidad de Narcotráfico de Bogotá aparece en éste asunto reconociendo de manera autónoma o soberana en favor de LAJR el sustituto de la prisión domiciliaria, como producto de un preacuerdo o negociación para dar por terminado anticipadamente el trámite, aduciendo la aplicación de beneficios por colaboración con la justicia extranjera (Corte Suprema de Guatemala).

Teniendo en cuenta que la Fiscal del caso realizó el preacuerdo desbordando tanto sus facultades legales *(defecto orgánico)*, como el trámite preestablecido normativamente para estos menesteres *(defecto procedimental)* porque la concesión del beneficio reclamaría la suscripción de un acta por el Fiscal General de las Nación o su Delegado Especial con los intervinientes, y hasta la sustancialidad de la figura de la prisión domiciliaria que aplica a delitos con penas mínima igual o inferior a ocho (8) años de prisión y se exceptúa para los delitos enrostrados a JR *(defecto sustancial),* le correspondía a la Jueza de Conocimiento improbar el citado preacuerdo cuando se lo sometió a su control, por violatorio de garantías fundamentales inherentes al debido proceso.

5.- <u>Consecuencias de la errática aprobación preliminar del preacuerdo y solución del caso.-</u>

Como se puede observar, el preacuerdo o convenio de responsabilidad al que llegaron la Fiscalía y la Defensa presenta serios defectos jurídicos, como que la pena pactada (11 años de prisión) resulta muy inferior a la mínima de la que corresponde al delito mayor de los imputados, que sería de quince (15) años de prisión; también es irregular el beneficio compensatorio de la prisión domiciliaria acordado, porque está por fuera de los requisitos objetivos de pena mínima establecidos en el artículo 38B del Código Penal y los delitos endilgados tienen expresa prohibición para conceder sustitutos y subrogados por el artículo 68A del Código Penal, lo mismo que lo referido a la posibilidad de concederlo por razón de atender respuesta positiva a ***"beneficios por colaboración"*** resulta jurídicamente exuberante por los defectos orgánicos, procedimentales y sustanciales en su otorgamiento, que han sido detectados en precedencia.

Pues bien, esos desafueros deben ser corregidos en esta instancia judicial porque –tal como lo indica la doctrina y jurisprudencia nacional- ***"El error se debe enmendar, así que sobre el error no se puede construir uno nuevo"***[7], lo cual ahora solo es posible por la vía extrema de la nulidad del auto aprobatorio del preacuerdo y de las actuaciones posteriores, según se pasa a explicar.

Un importante precedente del alto tribunal de justicia penal ordinaria nos recuerda la necesidad de que los funcionarios judiciales de conocimiento intervengan en el fondo de los preacuerdos y favorecen el decreto de invalidación en casos como el presente, cuando hay violación de garantía fundamentales, según se advierte del siguiente extracto: *"Para la Sala es claro que las garantías fundamentales a las cuales se refiere la norma para permitir la injerencia del juez, no pueden examinarse a la luz del criterio subjetivo o arbitrario del mismo y deben remitirse exclusivamente a hechos puntuales que demuestren violaciones objetivas y palpables necesitadas del remedio de la improbación para restañar el daño causado o evitar sus efectos deletéreos". / "En este sentido, a título apenas ejemplificativo, <u>la intervención del juez, que opera excepcionalísima</u>, debe recabarse, <u>se justifica en los casos en que</u> se verifique algún vicio en el consentimiento o afectación del derecho de defensa, o cuando el Fiscal pasa por alto los límites reseñados en los puntos anteriores o los consignados en la ley –como en los casos en que se otorgan dos beneficios incompatibles o <u>se accede a una rebaja superior a la permitida, o no se cumplen las exigencias punitivas para acceder a algún subrogado</u>".*[8]

Como quiera que el acto judicial de aprobación de un preacuerdo o de una manifestación de allanamiento a cargos constituye una fase estructural del procedimiento abreviado, porque es el último instante hasta cuando las partes pueden retractarse y revertir la acción penal para que transite por la vía ordinaria, que comprende la celebración de un juicio oral, de suerte que a partir de éste momento se abre la puerta a la etapa de individualización de pena y sentencia, solo puede ser válidamente removido a través de la declaración judicial de nulidad, la cual opera en este caso como mecanismo residual o extremo *(última ratio)* por violación de garantías fundamentales inherentes

[7] SARAY BOTERO, Nelson. URIBE RAMÍREZ, Sonia Patricia. "PREACUERDOS Y NEGOCIACIONES entre la Fiscalía y el imputado o acusado". UNIACADEMIA LEYER. Santafé de Bogotá D.C. 2016. Página 578. Corte Suprema de Justicia, radicado 35487 del 12 de diciembre de 2012.
[8] Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal, Sala de Decisión de Tutelas. Sentencia del 16 de abril de 2015, radicado 79.041, Magistrado Ponente: Eyder Patiño Cabrera.

al debido proceso (legalidad del delito y legalidad de la pena en varias modalidades) que resultan fundantes en el modelo de estado social y democrático de derecho que nos arropa (artículo 29 de la Constitución Nacional), según se ha dejado consignado, y en estricta aplicación del artículo 457 procesal penal vigente.

Ya la doctrina nacional se ha pronunciado sobre la posibilidad de la anulación del auto que aprueba o legaliza un preacuerdo, indicando: *"Cuando el juez al estudiar el fondo del asunto encuentre que el preacuerdo aprobado en audiencia no representa rebaja de pena (cuando hay lugar a ello), porque no se hizo una imputación fáctica y jurídica precisa, clara, correcta y detallada, como presupuesto de la negociación, porque detecta vicios del consentimiento, porque vulnera garantías y derechos fundamentales, porque la pena es ilegal, etc., deberá en principio, anular el auto aprobatorio del mismo"* [9].

En el presente caso resulta necesario aplicar la medida de ineficacia extrema (nulidad), porque no existe otro mecanismo que permita mantener la intención de las partes de dar por terminado el asunto anticipadamente, sin que se afecten de manera grave algunos principios constitucionales básicos sobre los que se soporta el derecho penal vigente. Se trata de yerros que superan el mero formalismo (principio de trascendencia), porque la respuesta punitiva que se ofrece para el caso concreto no resulta proporcionada a la gravedad de los punibles imputados, y hasta puede generar desasosiego en la comunidad el tratamiento punitivo de reclusión domiciliaria pactado, por su clara benevolencia y posibilidad que el filiado JR pueda continuar en actividad criminal liderando la banda delincuencial dedicada al narcotráfico transnacional, desde su misma residencia, por el diluido control que la figura penal de la *"Prisión Domiciliaria"* tiene.

Por último, resulta necesario advertir que estos dos factores demuestran que en el preacuerdo subyace la concesión de un doble e ilegal beneficio: el primero, relacionado con el reconocimiento de una rebaja inferior a la legalmente establecida y, el segundo, el otorgamiento de un subrogado al que no se tiene derecho, como ya quedó ampliamente expuesto.

Ya esta misma Sala de Decisión había validado el decreto de nulidad de un auto aprobatorio de un preacuerdo, por violación de la garantía fundamental de la legalidad de las penas, en un proceso que -en lo fundamental- guarda analogía con el presente[10]; de suerte que la aplicación del precedente horizontal se impone, para privilegiar el principio constitucional de igualdad, porque ante situaciones jurídicamente equivalentes, debe ser similar la respuesta de la judicatura.

En este sentido, no remite a la menor dubitación que se impone en esta instancia la declaratoria de nulidad del proceso, a partir del auto proferido en audiencia pública de verificación de preacuerdo celebrada el día seis (6) de julio de 2017, en el cual se aprobó irregularmente el convenio al que había llegado la Fiscal 30 Especializada de Bogotá y el equipo de defensa de LAJR y además se le varió su lugar de reclusión intramural por el domiciliario, debiendo disponerse que regrese el asunto a dicho Despacho Judicial para que continúe la actuación por la vía ordinaria, sin perjuicio de que si la Fiscalía y la Defensa insisten en adoptar un nuevo mecanismo de terminación anticipada lo realicen, pero con apego al principio de legalidad, en todas sus dimensiones.

6.- <u>Compulsación de copias.</u>

A efecto de que se investigue si hay lugar a adelantar acción penal y/o disciplinaria alguna en contra de los funcionarios públicos que intervinieron en la celebración y aprobación del preacuerdo de responsabilidad con el señor LAJR, se dispone que por la Secretaría se remitan copias de lo actuado ante la Unidad de Fiscalías Delegadas ante el Honorable Tribunal de Pasto y el Consejo Seccional de la Judicatura de Nariño (Sala Jurisdiccional Disciplinaria).

Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, en Sala de Decisión Penal,

---

[9] SARAY BOTERO, Nelson. URIBE RAMÍREZ, Sonia Patricia. "PREACUERDOS Y NEGOCIACIONES", obra citada, páginas 577 y 578.
[10] Tribunal Superior de Distrito Judicial de Pasto. Auto 048 del 2 de agosto de 2016. Radicación 528386000543-2015-80095-1 NI.16624. M.P. SILVIO CASTRILLÓN PAZ.

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR LA NULIDAD de todo lo actuado, a partir del auto interlocutorio proferido por el Juzgado Segundo Especializado de Pasto (Nariño) en audiencia pública celebrada el día 6 de julio de 2017, cuando se aprobó un preacuerdo al que habían llegado la Fiscalía 30 Especializada de Bogotá y el equipo de Defensa de LAJR, por las razones señaladas en precedencia.

SEGUNDO: REMÍTANSE por Secretaria copias de lo actuado ante la Unidad de Fiscalías Delegadas ante el Honorable Tribunal de Pasto y el Consejo Seccional de la Judicatura de Nariño (Sala Jurisdiccional Disciplinaria), para los fines indicados en precedencia.

TERCERO: La presente decisión se notifica por estrados y contra ella no procede recurso alguno. Retorne el asunto a su lugar de origen, para que continúe el trámite que corresponde.

CÚMPLASE

SILVIO CASTRILLÓN PAZ
Magistrado

JOSÉ ANÍBAL MEJÍA CAMACHO
Magistrado

FRANCO SOLARTE PORTILLA
Magistrado

MARGARITA MARIBEL CÓRDOBA BASTIDAS
Secretaria

FUNCIONES DE LA PENA – No solamente se encuentran encaminadas a lograr la retribución por el daño causado o una reparación a la víctima, sino también la rehabilitación del condenado como uno de los fines primordiales de la sanción, basado en el respeto a la dignidad humana y demás prerrogativas fundamentales determinadas en la Constitución Política y los Convenios Internacionales de Derechos Humanos.

LIBERTAD CONDICIONAL – Normatividad aplicable conforme el Principio de Favorabilidad: Artículo 30 de la Ley 1709 de 2014.

LIBERTAD CONDICIONAL – Aplicación de la Sentencia C-757 de 2014, respecto de la expresión "previa valoración de la conducta punible" contenida en el artículo 30 de la Ley 1709 de 2014, en todos aquellos casos en que tal condicionamiento les sea más favorable a los condenados. LIBERTAD CONDICIONAL – Requisitos.

Establecido que por Favorabilidad, la norma aplicable al caso es el art 30 de la Ley 1709 de 2014, validada por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-757 de 2014, precepto que obliga al funcionario judicial a conceder sustitutos penales cuando se cumplan los requisitos fijados en la norma, en tanto no le corresponde valorar solamente la *"gravedad de la conducta punible"* sino que se exige la *"valoración de la conducta punible"*, en todas sus dimensiones o facetas, tanto lo favorable como lo desfavorable al condenado y siendo que nuestro ordenamiento jurídico además de buscar garantizar los derechos de las víctimas, pretende lograr la resocialización de éste como una función especial positiva, se determina que una vez superado el filtro de valoración de las conductas por las que se emitió condena y verificado que las funciones de prevención especial positiva y de reinserción social se encuentran cumplidas, deviniendo en innecesaria la continuidad del tratamiento penitenciario y que además se satisfacen los restantes presupuestos objetivos y subjetivos consagrados en la ley antes referenciada, hay lugar a conceder la Libertad Condicional deprecada.

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE PASTO - NARIÑO

SALA DE DECISIÓN PENAL

Auto Interlocutorio No:	021
Radicación:	520013104001-2014-00037-02
Condenada:	CYCN
Delitos:	PECULADO POR APROPIACIÓN Y OTROS.
Acta de Aprobación:	33 del 13 de marzo de 2018

Magistrado Ponente:

DR. SILVIO CASTRILLÓN PAZ

San Juan de Pasto, trece (13) de marzo de dos mil dieciocho (2018)

OBJETO DE DECISIÓN:

Procede la Sala a resolver el recurso vertical interpuesto por la Doctora MARCELA BURBANO RAMÍREZ, en calidad de apoderada de la señora CYCN, contra el Auto Interlocutorio proferido el 6 de diciembre de 2017 por el Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Pasto - Nariño, que negó la solicitud de libertad condicional incoada a favor de la condenada.

ANTECEDENTES PROCESALES:

La señora CYCN fue condenada anticipadamente por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Pasto - Nariño el día 22 de mayo de 2015, al aceptar voluntaria e unilateralmente responsabilidad como autora material de un concurso de delitos de peculado por apropiación, falsedad ideológica en documento público y destrucción, supresión u ocultamiento de documento público. Se le impuso penas principales de prisión de 78 meses y multa de $8'032.532, al igual que la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término de la pena privativa de la libertad. Los hechos base de incriminación datan de los años 2006 y 2007 cuando se desempeñaba como tesorera pagadora del Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Pasto administrado por el INPEC, cuando se apropió en beneficio propio de dineros oficiales destinados a pago de servicios públicos, traslado y bonificación de internos por servicios prestados, entre otros. A la justiciada le fue negado tanto el subrogado de suspensión condicional de la pena, como el de prisión domiciliaria. Su sentencia fue confirmada por el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Pasto –Sala Penal- con sentencia del 17 de septiembre de 2015. También se interpuso recurso extraordinario de casación, pero la demanda fue inadmitida el 25 de mayo de 2016.

En firme la sentencia condenatoria se remitió a ejecución de penas, siendo asignada al Juzgado Segundo de la especialidad, ante el cual la Defensora Pública adscrita al establecimiento penitenciario y carcelario de Pasto extendió solicitud de LIBERTAD CONDICIONAL, la cual fue resuelta negativamente en primera instancia el 6 de diciembre de 2017; esta decisión fue objeto de los recursos ordinarios de reposición y de apelación, y una vez resuelto el primero se habilitó la llegada del asunto a esta corporación tribunalicia para asumir el recurso vertical.

LA PROVIDENCIA RECURRIDA

En el Auto Interlocutorio del 6 de diciembre de 2017 el Juez Primero Penal del Circuito de Pasto – Nariño realizó un estudio sobre la vigencia de las normas que han gobernado el caso de la condenada CN, en punto del tema de la libertad condicional, y al aplicar la figura de favorabilidad concluyó que era aplicable al caso el artículo 30 de la ley 1709 de 2014, que modificó el artículo 64 del Código Penal, y con fundamento en sus requisitos abordó el estudio del caso.

Al analizar las exigencias objetivas y subjetivas previstas en la norma, relacionadas con descuento de un monto efectivo de pena no inferior a las 3/5 partes de la sanción impuesta, la valoración del desempeño y comportamiento en etapa de reclusión por la condenada, el arraigo social y familiar, la valoración de la conducta y la reparación de los perjuicios, consideró que al encontrarnos ante un cúmulo de comportamientos penales valorados por el Juez de Conocimiento como graves, cuyas argumentaciones aparecen en el segundo párrafo de la página 146 del cuaderno de la ejecución de la pena[1], entonces decide negar la LIBERTAD CONDICIONAL a la condenada CYCN, refiriendo que se hace necesaria la ejecución completa de la pena de prisión en condiciones realmente privativas de la libertad, y que debe ser consciente que su situación personal es menos gravosa que la de otros condenados, ya que a ella se le ha concedido que la purgue en su propio domicilio.

ARGUMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN:

La abogada defensora de los intereses jurídicos de la sentenciada, en el escrito sustentatorio de la reposición y subsidio de apelación indica que no comparte el análisis realizado por el Juez ejecutor de la sentencia, respecto

[1] *"Considera el despacho que la forma en que se cometieron los hechos por sí sola reviste gravedad, pues la sentenciada llevó a cabo acciones que transgredieron las arcas del estado, pues con su actuar se apropió de dineros que el INPEC (Estado), asignó a la cárcel de Pasto, para que cancelaran los servicios públicos, dinero para el traslado de internos y las bonificaciones para estos. Se consideró la gravedad de la conducta además por cuanto se aprovechó de su experiencia como pagadora de la cárcel por más de 20 años para defraudar al estado, se aprovechó de la confianza que depositaron los entonces directores de ese establecimiento carcelario en lo que respecta a los títulos valores que estaban a su disposición, informaciones falsas que consignó en los mismos y utilizar a funcionarios de la institución para el cobro de los mismosy grave además fue el haber ocultado a las autoridades que investigaban estos hechos prueba documental relevante, situación que según el fallador denotó astucia en la sentenciada, lo que intensifica la intensidad del dolo que se reitera fue valorada como grave en la sentencia y señalaron los motivos por los cuales éste requiere de tratamiento penitenciario, operación que se halla ajustada tanto al artículo 64 del Código Penal el cual señala que 'el juez, previa valoración de la conducta punible, concederá la libertad condicional…".*

a la valoración de la conducta de su defendida, porque los precedentes de la Corte Constitucional reclaman que en estos casos se haga un analisis integral de todo aquello que sea favorable y desfavorable para el condenado, en punto del otorgamiento de la libertad condicional. Dice que la señora CN fue condenada bajo los parámetros de la ley 600 de 2000, que se trata de un delito único y concurren circunstancias atenuantes relativas a la carencia de antecedentes penales. Dice que debe valorarse positivamente y en su favor su colaboración con la justicia, evitando el desgaste judicial; que su cliente ha cumplido a cabalidad las exigencias del despacho ejecutor y las del INPEC, tanto en la época en que ha estado en prisión intramural como en domiciliaria, al punto que las directivas del centro penitenciario y carcelario avalan su buen comportamiento y acreditan su resocialización y reinserción social, motivo por el cual debe concedérsele la LIBERTAD CONDICIONAL.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1.- Competencia.

De conformidad con lo establecido en el numeral 6[2] del artículo 34 de la Ley 906 de 2004, ésta Corporación es competente para conocer del presente asunto.

2.- Problema jurídico a resolver.

> *¿Tiene derecho la señora CYCN al sustituto de libertad condicional contemplado en el artículo 64 del Código Penal (Modificado por el artículo 30 de la ley 1790 de 2014, por cumplimiento efectivo de las tres quintas (3/5) partes de la pena de prisión impuesta?*

3.- Análisis de la normatividad aplicable para conceder el subrogado del artículo 64 del Código Penal.

Sea lo primero precisar que como los hechos materia de investigación tuvieron ocurrencia en los años 2006 y 2007, data en la que aún se encontraba vigente el artículo 64 del Código Penal Originario (Ley 599 de 2000 – modificado por el artículo 5 de la ley 890 de 2004), sería del caso aplicar su contenido por el fenómeno de estricta legalidad, el cual para la concesión del sustituto de LIBERTAD CONDICIONAL limitaba su otorgamiento a los siguientes factores: (1)valoración previa de la gravedad de la conducta punible, (2)haber cumplido el justiciado las dos terceras (2/3) partes de la pena, (3)haber tenido buena conducta durante el tratamiento penitenciario en el centro de reclusión, que permita suponer fundadamente que no existe necesidad de continuar con la ejecución de la pena, (4)haber realizado el pago total de la multa y la reparación a la víctima, o el aseguramiento de las anteriores mediante garantía personal, prendaría, bancaria o mediante acuerdo de pago, y, (5)cuando el tiempo faltante para el cumplimiento de la pena fuere inferior a tres (3) años, el juez podía aumentarlo en otro tanto.

Esta norma fue posteriormente modificada por el artículo 25 de la ley 1453 de 2011, pero conservando los lineamientos especiales anteriores.

Sin embargo, posteriormente, con la expedición de la Ley 1709 de 2014, la cual reformó algunas disposiciones normativas preexistentes del Código Penal y del Código Penitenciario y Carcelario, que se creó con la finalidad de evitar el hacinamiento que se presenta al interior de las cárceles Colombianas, se produjo una modificación más profunda al artículo 64 del Estatuto Punitivo, determinando en su artículo 30 que el Juez puede conceder la libertad condicional (1)previa valoración de la conducta punible, (2)cuando el condenado haya cumplido las tres quintas (3/5) partes de la pena, (3)siempre que el adecuado desempeño del justiciado permita inferir que no existe necesidad de continuar con la ejecución de la pena, y (4)que se demuestre el arraigo familiar y social del sentenciado. Aunado a lo anterior, la misma disposición normativa eliminó la exigencia del pago total de la multa impuesta en la sentencia de condena, una vez se demuestre la insolvencia del encartado.

[2] Artículo 34. De los tribunales superiores de distrito. Las salas penales de los tribunales superiores de distrito judicial conocen:
6. Del recurso de apelación interpuesto contra la decisión del Juez de Ejecución de Penas.

Así, al encontrarnos en presencia de varias leyes que pueden ser aplicables, corresponde determinar cuál es la que por favorabilidad se debe aplicar al caso en concreto; al respecto, refulge importante señalar que el máximo órgano de Jurisdicción Constitucional ha sido enfático al manifestar que: *"La aplicación del principio de favorabilidad es tarea que compete al juez de conocimiento, en cada caso particular y concreto, pues solo a él le corresponde determinar cuál es la norma que más beneficia o favorece al procesado", (…).*

En virtud de lo anterior, al realizar un análisis de tipo objetivo de las normas precedentes, se vislumbra que la Ley 1709 de 2014 estableció un requerimiento de pago de prisión menor al determinado en las Leyes 599 de 2000, 890 de 2004 y 1453 de 2011, además de que obliga al Juez de conocimiento a aplicar la concesión de sustitutos penales cuando se cumplan los requisitos fijados en la norma, pues ya no le corresponde valorar solamente la *"gravedad de la conducta punible"* sino también tener en cuenta cada uno de los elementos, aspectos y dimensiones de la conducta desplegada por el sentenciado, porque la actual exigencia es de *"valoración de la conducta punible"*, en todas sus dimensiones o facetas, esto es, tanto lo favorable como lo desfavorable al condenado.

Por lo anterior, la Sala concluye que acertó el Juez de primer grado al concluir que por favorabilidad la Ley aplicable al caso es la contenida en el Código Penitenciario y Carcelario, toda vez que puede alcanzar los requisitos previstos en el artículo 30 de la ley 1709 de 2014 con más facilidad a las determinaciones establecidas en las normas que le precedieron.

4.- Sentido y contenido de la LIBERTAD CONDICIONAL como mecanismo sustitutivo de la ejecución de la pena.

Lo primero que se debe indicar es que, según la doctrina nacional el instituto punitivo de la LIBERTAD CONDICIONAL, establecido en el artículo 64 del Código Penal, *"…es un sucedáneo de la pena privativa de la libertad impuesta; también se le denomina liberación condicional o suspensión del resto de la pena (…) que, a su vez, "actúa en favor del sentenciado que ha cumplido parte de la condena, pues le permite recobrar la libertad de manera provisional durante un periodo de prueba en el que debe cumplir ciertas exigencias, satisfechas las cuales obtiene su liberación definitiva; se trata en realidad de un lapso de transición entre la prisión y la reincorporación a la vida en sociedad, de un aprendizaje de la vida en libertad"*[3].

De tal manera que el artículo 30 de la Ley 1709 de 2014, que como se dijo sería la norma aplicable por favorabilidad a este caso en particular, permite acceder al beneficio del sustituto, siempre que se cumplan con unos elementos objetivos y subjetivos, los cuales se derivan de la valoración que realice el *A quo* frente al caso en concreto.

Ahora, es fácilmente perceptible que esta figura jurídica aplica normalmente para casos dramáticos o graves, en los que hay aplicación de penas privativas de la libertad de larga duración, cuya mayor parte debe haber sido efectivamente purgada intra-muralmente en los establecimientos penitenciarios y carcelarios administrados por el INPEC o en el domicilio del penado; se trata de eventos en los que no ha operado la suspensión condicional de la ejecución de la pena por razón del volumen de sanción impuesta o por la naturaleza de los delitos base de condena, de suerte que su finalidad no es diferente a brindar un estímulo o premio al condenado que durante un importante periodo de reclusión -no inferior a las 3/5 partes de la pena impuesta- observe buena conducta al interior del sitio que le sirve de reclusión efectiva, para que pueda acceder a la rebaja de las 2/5 partes restantes de la pena y recobre la libertad de locomoción condicionada o sometida a prueba o vigilancia; todo como una recompensa social a su propio esfuerzo, a su interés por obtener la readaptación social, hasta cuando pueda acceder a la liberación definitiva.

Pero esta modalidad especial de pago de parte de la pena de prisión en condición no privativa de la libertad, no puede ser vista como un acto de gracia judicial, ni implica una disminución de los términos punitivos impuestos por el Juez de Conocimiento, sino como un mecanismo para asegurar el fin resocializador y de reinserción social que tiene la pena conforme el artículo 4º del Código Penal; todo esto a través de una forma especial de cumplimiento de la última parte de la sanción privativa de la libertad por fuera de reclusión, pero con estricta vigilancia estatal.

[3] VELASQUEZ VELASQUEZ, Fernando. *"MANUAL DE DERECHO PENAL - PARTE GENERAL"*. Ediciones Jurídicas ANDRES MORALES. Cuarta Edición. Bogotá D.C. 2010. Página 782

Resulta pertinente indicar que los efectos de la LIBERTAD CONDICIONAL solo aplican para los aspectos penales considerados en la sentencia definitiva, porque el penúltimo inciso del mismo artículo 64 establece tajantemente que la concesión del beneficio o subrogado está supeditada a la reparación a la víctima o al aseguramiento del pago de la indemnización mediante cualquier tipo de garantía – real, personal, bancaria o acuerdo de pago- *"…salvo que se demuestre insolvencia del condenado"*; de suerte que el incumplimiento de ésta carga deriva inexorablemente en la revocatoria del beneficio 469 del Estatuto Procesal Penal.

De lo dicho deviene inocultable que el sustituto de la LIBERTAD CONDICIONAL debe asumirse como un *"DERECHO – CONDICIÓN"* para ciudadanos condenados; pero para nada se trata de una garantía absoluta, porque la concesión y/o mantenimiento de los beneficios libertarios implícitos se encuentra supeditada al estudio preliminar de la gravedad de la conducta punible, como al cumplimiento efectivo de una buena parte de la pena impuesta (no inferior a las 3/5 partes de la prisión determinada judicialmente), además que durante la reclusión se haya observado buena conducta en el establecimiento carcelario (función preventiva y resocializadora), demostración de que no existe necesidad concreta de más ejecución de la pena (prevención especial positiva), el cumplimiento de una variedad de obligaciones que han de constar en un acta compromisoria y, como desarrollo importante de un modelo de justicia restaurativa, también debe el condenado comprometerse a reparar los daños y perjuicios morales y materiales a que haya sido condenado, so pena de disponerse la revocatoria de dicho beneficio y proceder a la ejecución del resto de la pena respectiva, como si la sentencia no se hubiere suspendido condicionalmente, a menos que se demuestre una justa causa para no solucionar los perjuicios morales y materiales, que no puede ser otra que la insolvencia.

5.- Análisis de algunos Instrumentos jurídicos internacionales que orientan la interpretación de la figura libertaria condicional.

Tanto la Constitución Política de 1991, como los Tratados Internacionales ratificados por Colombia, constituyen un límite inalterable al ejercicio del poder público, por consagrar valores superiores, principios constitucionales y derechos fundamentales[4] que impiden al órgano encargado de crear leyes, esto es al Congreso, ir más allá del derecho del cual es encargado de proteger el Estado a través de sus agentes.

Por lo tanto, si bien la acción penal va encaminada a castigar los punibles por los cuales se ha condenado a un sujeto, a fin de evitar en la sociedad de cierto modo una sensación de impunidad, la misma no puede desconocer los derechos constitucionales y además la aplicación de convenios y compromisos internacionales de derechos humanos que buscan garantizarle al penado sus prerrogativas; ello, en virtud a lo consignado en el artículo 93 superior que reconoce su prevalencia en el orden interno[5].

En ese sentido, ésta Judicatura advierte que si bien nuestro ordenamiento jurídico busca garantizar los derechos de las víctimas, previniendo, investigando, juzgando y, consecuentemente, sancionando la grave criminalidad, lo cual va acorde con la política criminal fijada en el marco normativo interno y además internacional, Colombia, al estar constituido como un Estado Social de Derecho, pretende además en materia penal lograr la resocialización o reinserción social del condenado como una función especial positiva, fundando este derecho como presupuesto de la dignidad humana regulado en el artículo primero (1) Constitucional[6].

---

[4] Sentencia C-387 de 2014 M.P. JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

[5] ARTICULO 93. Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno.
Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.
Adicionado por el Acto Legislativo 02 de 2001, con el siguiente texto: El Estado Colombiano puede reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional en los términos previstos en el Estatuto de Roma adoptado el 17 de julio de 1998 por la Conferencia de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas y, consecuentemente, ratificar este tratado de conformidad con el procedimiento establecido en esta Constitución. La admisión de un tratamiento diferente en materias sustanciales por parte del Estatuto de Roma con respecto a las garantías contenidas en la Constitución tendrá efectos exclusivamente dentro del ámbito de la materia regulada en él.

[6] Artículo 1°. Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.

Lo anterior, apoyado en el advenimiento y posterior ratificación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas[7] (aprobado mediante Ley 74 de 1968), y la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969[8] (ratificada mediante la Ley 16 de 1972), que determinaron en igual sentido propender, como una de las finalidades de la pena privativa de la libertad, que los justiciados tengan el derecho a una reforma personal o readaptación social, lo cual de suyo implica la posibilidad que tiene el sujeto activo de la presente acción de regresar e integrarse a la vida social a causa del buen comportamiento que haya mantenido durante la ejecución de la condena.

Al respecto, la Corte Constitucional en Sentencia C-144 de 1997, con ponencia del Magistrado ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO, manifestó sobre el tópico objeto de análisis lo siguiente:

> *"(…) El objeto del derecho penal en un Estado de este tipo no es excluir al delincuente del pacto social sino buscar su reinserción en el mismo. Por ello, es lógico que los instrumentos internacionales de derechos humanos establezcan esa función resocializadora del tratamiento penitenciario. Así, de manera expresa, el artículo 10 numeral 3º del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas, aprobado por Colombia por la Ley 74 de 1968, consagra que "el régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados(subrayas no originales). En ese orden de ideas sólo son compatibles con los derechos humanos penas que tiendan a la resocialización del condenado, esto es a su incorporación a la sociedad como un sujeto que la engrandece, con lo cual además se contribuye a la prevención general y la seguridad de la coexistencia, todo lo cual excluye la posibilidad de imponer la pena capital(…)". (Subrayas fuera del texto original)*

Al margen de lo expuesto, evidente resulta inferir que las disposiciones normativas vigentes no pueden alejarse de los parámetros internacionales que, como ya se dijo en precedencia, buscan lograr un equilibrio entre las víctimas de una conducta punible y el delincuente que ha forjado un proceso de cambio a través de la ejecución de la condena y que le permite acceder a un proceso resocializador y de readaptación, como fines determinados en el artículo 4 del Estatuto Punitivo[9].

6.- Interpretación y alcances de la función de la pena.

Bajo lo dispuesto en el artículo 4 del Código Penal, la pena debe cumplir las funciones de (1)prevención general, (2) retribución justa, (3)prevención especial, (4)reinserción social y (5)protección al condenado, teniendo en cuenta que la prevención especial y la reinserción social operan o tienen su verdadera y cabal dimensión en el momento de la ejecución de la pena de prisión, de suerte que serán estos últimos aspectos los que en realidad dimensionan el estudio de los casos sometidos a decisión de los Jueces de Ejecución de Penas.

---

[7] Artículo 10
1. Toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.
2.
a) Los procesados estarán separados de los condenados, salvo en circunstancias excepcionales, y serán sometidos a un tratamiento distinto, adecuado a su condición de personas no condenadas;
b) Los menores procesados estarán separados de los adultos y deberán ser llevados ante los tribunales de justicia con la mayor celeridad posible para su enjuiciamiento.
3. El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados. Los menores delincuentes estarán separados de los adultos y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su edad y condición jurídica.

[8] Artículo 5. Derecho a la Integridad Personal
1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral.
2. Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.
3. La pena no puede trascender de la persona del delincuente.
4. Los procesados deben estar separados de los condenados, salvo en circunstancias excepcionales, y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su condición de personas no condenadas.
5. Cuando los menores puedan ser procesados, deben ser separados de los adultos y llevados ante tribunales especializados, con la mayor celeridad posible, para su tratamiento.
6. Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados.

[9] Artículo 4°. Funciones de la pena. La pena cumplirá las funciones de prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado.
La prevención especial y la reinserción social operan en el momento de la ejecución de la pena de prisión.

Aunado a lo anterior, y de la mano del Estatuto Penal, la Ley 1709 de 2014 –actual Código Penitenciario y Carcelario– en igual sentido estableció la resocialización y la reintegración social como componentes básicos del marco jurídico penal, que propende establecer garantías a los sujetos que se encuentran privados de la libertad mediante una sentencia de condena.

A su turno, el Instituto Penitenciario y Carcelario INPEC a través de la Resolución número 7302 de noviembre 23 de 2005 expidió las pautas para la atención integral y el tratamiento penitenciario, determinando como aspectos álgidos de la función de la pena que: *"el Tratamiento Penitenciario tiene la finalidad de alcanzar la resocialización del infractor(a) de la Ley Penal, mediante el examen de su personalidad a través de la disciplina, el trabajo, el estudio, la formación espiritual, la cultura, el deporte y la recreación, bajo un espíritu humano y solidario[10]; (…) el objetivo del Tratamiento Penitenciario es preparar al condenado mediante su resocialización para la vida en libertad; (…)".*

Lo anterior, deviene de las acogidas "*Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos",* adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas, sobre Prevención del delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1955, lo cual dispuso al tenor literal lo siguiente:

> *"**60.2)** Es conveniente que, antes del término de la ejecución de una pena o medida, se adopten los medios necesarios para asegurar al recluso un retorno progresivo a la vida en sociedad. Este propósito puede alcanzarse, según los casos, con un régimen preparatorio para la liberación, organizado dentro del mismo establecimiento o en otra institución apropiada, o mediante una liberación condicional, bajo una vigilancia que no deberá ser confiada a la policía, sino que comprenderá una asistencia social eficaz.*
>
> ***61**. En el tratamiento no se deberá recalcar el hecho de la exclusión de los reclusos de la sociedad, sino, por el contrario, el hecho de que continúan formando parte de ella. Con ese fin debe recurrirse, en lo posible, a la cooperación de organismos de la comunidad que ayuden al personal del establecimiento en su tarea de rehabilitación social de los reclusos. Cada establecimiento penitenciario deberá contar con la colaboración de trabajadores sociales encargados de mantener y mejorar las relaciones del recluso con su familia y con los organismos sociales que puedan serle útiles. Deberán hacerse, asimismo, gestiones a fin de proteger, en cuanto ello sea compatible con la ley y la pena que se imponga, los derechos relativos a los intereses civiles, los beneficios de los derechos de la seguridad social y otras ventajas sociales de los reclusos". (Subrayas de Sala).*

Bajo el anterior panorama, la función de la pena tiene como uno de sus fines primordiales la rehabilitación del condenado, ello con base al respeto a la dignidad humana y demás prerrogativas fundamentales determinadas en la Constitución Política de Colombia, las cuales se desarrollan en la actualidad mediante mecanismos que permiten corregir la conducta punible a través de medidas resocializadoras, encaminadas a incidir en la conducta o comportamiento desplegado por el justiciado, sin sobrepasar el derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad de cada individuo.

Así, como mecanismos de corrección de la conducta punible, actualmente opera el Plan de Direccionamiento Estratégico – PDE con vigencia 2015 - 2018 elaborado por el Instituto Nacional y Penitenciario – INPEC, de la mano con el Ministerio de Justicia y del Derecho, quienes a través de éste proyecto incorporaron como uno de los fines el siguiente: *"el INPEC en el año 2019 será reconocido por su contribución a la justicia mediante la prestación de los servicios de seguridad penitenciaria y carcelaria, atención básica, resocialización y rehabilitación de la población reclusa, soportadas en una gestión efectiva, innovadora y transparente e integrada por un talento humano competente y comprometido con el país y la sociedad"*, y que desarrolla además todo un plan de acción encaminado a lograr las metas propuestas en el periodo referenciado en la búsqueda de la resocialización del

[10] A su vez: *"Se entiende por Tratamiento Penitenciario el conjunto de mecanismos de construcción grupal e individual, tendientes a influir en la condición de las personas, mediante el aprovechamiento del tiempo de condena como oportunidades, para que puedan construir y llevar a cabo su propio proyecto de vida, de manera tal que logren competencias para integrarse a la comunidad como seres creativos, productivos, autogestionarios, una vez recuperen su libertad. Dando cumplimiento al Objetivo del Tratamiento de preparar al condenado(a) mediante su resocialización para la vida en libertad".*

sentenciado, determinando adicionalmente que: *"(…) el servicio que presta el SPC[11], tiene como objetivo preparar al condenado, mediante su resocialización para la vida en libertad. Se realiza conforme a la dignidad humana y necesidades específicas de la personalidad del sujeto, involucra acciones de educación, instrucción, trabajo, actividad cultural, recreativa, deportiva y vínculos familiares".*

De esta manera, la disquisición realizada conlleva a determinar que la función de la pena no solamente está encaminada a lograr la vindicta (venganza o retribución) por el daño causado, ni una reparación a la víctima de la conducta punible a través de mecanismos trazados para tal efecto, cuando ello sea posible, sino también lograr la rehabilitación del sujeto activo de la acción delincuencial para que regrese a la sociedad civil de forma inclusiva, de tal manera que el sujeto se sienta acoplado a la normatividad aplicable en materia delictual, evitando incidir en conductas punibles que desencadenen la acción penal.

7.- Análisis del caso concreto.

Sea lo primero precisar, que siguiendo la metodología de estudio que para la procedencia de la figura de la Libertad Condicional ha trazado el legislador en el artículo 64 del Código de Procedimiento Penal, y que además ha sido ratificada por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia[12] en variados fallos de tutela, el *"primer filtro"* que se debe superar es el de la valoración de la conducta realizada por el Juez de Conocimiento en la sentencia condenatoria objeto de ejecución, tema éste que debe cobijar tanto las aspectos favorables como desfavorables consignados en el fallo de condena, y que bien puede convertirse en el aspecto central o motivo principal para negar la solicitud de Libertad Condicional, porque si no se supera este tamiz de nada sirve el cumplimiento de los demás requisitos objetivos de purgamiento de una importante proporción de la pena de prisión (3/5 partes de la pena), como tampoco el buen comportamiento en condiciones privativas de la libertad intracarcelaria o domiciliaria que haya realizado el procesado.

7.1.- Sobre el estudio de la valoración de la conducta.

Recordemos que la sentencia condenatoria proferida contra CYCN el día 22 de mayo de 2015, a la pena principal de 78 meses de prisión, lo fue de manera anticipada por aceptar responsabilidad como autora material de un concurso de delitos de peculado por apropiación, falsedad ideológica en documentos públicos y destrucción, supresión u ocultamiento de documentos públicos. La Sala se permite extraer de la sentencia los argumentos o valoraciones que sobre la conducta aparecen consignados en su extensión, los cuales serán objeto de estudio para los fines reseñados:

a).- En el acápite de estudio denominado *"2.- EL TIPO SUBJETIVO"*, verificable a partir del folio 13 de la sentencia, se indica que *"..la procesada, en su condición de pagadora, sabía perfectamente que los recursos asignados al Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Pasto, no estaban destinados para atender sus obligaciones personales sino para los de la institución, concretamente el pago de servicios públicos, traslado y bonificación de internos, etc., sin embargo, CYCN dio prioridad a sus intereses personales por encima de las necesidades del centro de reclusión…".* También se indica que *"…para darle visos de legalidad a su gestión, la antes mencionada manipuló títulos valores que estaban bajo su custodia, falsificando incluso los documentos que sirvieron de soporte para lograr la autorización de quienes debían ordenar el gasto público (Directores), con el único propósito de asegurar la apropiación de los aludidos recursos y de paso ocultar su responsabilidad.."*

b).- En el acápite de estudio denominado *"LA ANTIJURIDICIDAD"*, verificable a partir del folio 14 de la sentencia, se indica que *"En el caso que concita nuestra atención los bienes jurídicos protegidos son la administración y fe pública. Respecto a la primera diremos que se afecta con la sola puesta en peligro, ya que su integridad descansa en un juicio de probabilidad de que bajo circunstancias, como las que hoy se juzga, éste puede ser lesionado. Fíjese que nadie discutió la astucia empleada por la procesada CN, para lesionar dicho interés, pues se apropio de un dinero oficial que estaba destinado para el pago de servicios públicos, traslado de internos, bonificaciones y demás necesidades del*

[11] Sistema Penitenciario y Carcelario.
[12] Sentencias: STP del 27 de enero de 2015, radicado 77312; STP del 25 de abril de 2017, radicado 5898, MP. EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER, entre otras.

Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Pasto". Posteriormente se consigna que *"...hechos como los que aquí nos convocan cobran relevancia en la comunidad, porque se afectó el buen nombre de la administración pública, mismo que habita en la conciencia de la ciudadanía, pues siendo la procesada la encargada de custodiar esos bienes del estado, procedió a disponer de ellos como si fueran suyos".* Finalmente, respecto de la ofensa a la fe pública, por aquello de las falsedades, se indica que *"...la encartada hizo aparecer en los títulos valores y demás soportes contables que estaban bajo su custodia una información como verdadera cuando en realidad no lo era, y con el ocultamiento de los documentos públicos impidió que los mismos pudieran servir de prueba en la investigación penal que se sigue en su contra".*

c).- En el apartado correspondiente al estudio de la *"CULPABILIDAD"*, cuyo contenido aparece a folios 15 y siguientes de la sentencia se analiza la condición de imputable de la justiciada, lo mismo que la posibilidad de actuar diferente y se precisa que ella unilateralmente decidió aprovecharse del cargo que desempeñaba como pagadora y de la confianza depositada por sus superiores.

d).- En el apartado correspondiente al proceso de determinación legal de la pena (páginas 16 y 17 de la sentencia) aparece una disertación de las razones por las cuales no había lugar a reconocerle a la condenada la rebaja de pena derivada de la ignorancia, marginalidad y pobreza extremas, que había deprecado la defensa en el trámite del 447 Procesal Penal; se indica que no se han derivado agravantes genéricas por la Fiscalía y que, por el contrario, la buena conducta jugaba en favor de la procesada, motivo por el cual la sanción debía imponerse en el cuarto mínimo legal que oscilaba entre 72 y 121.5 meses de prisión, *"...empero, nos abstendremos de partir del guarismo mìnimo, pues no le queda duda al despacho que el hecho de valerse de su condición (pagadora) y experiencia para defraudar la confianza de los ordenadores del gasto, consignar en los títulos valores que estaban a su disposición informaciones falsas respecto de sus beneficiarios, utilizar a los miembros del INPEC para efectuar los cobros de dichos cheques y, ocultar a las autoridades prueba documental relevante para la investigación, indican una mayor astucia en la ejecución de las conductas punibles, que lógicamente revelan una gravedad superior en la afectación del bien jurídico y la intensidad del dolo, que de ningún modo se recogen de manera explìcita en las circunstancias de agravación punitiva, por lo que obliga al despacho, para efectos de la dosificación, partir de una cifra más alta que aquella que ha dipuesto el cuarto mínimo del delito de PECULADO POR APROPIACIÓN, que en últimas es el delito más grave"* (subrayas nuestras). Bajo la égida argumentativa precedente, la pena principal para el delito de PECULADO se tasó en 96 meses de prisión y se aumentó la importante cantidad de 60 meses más por razón del concurso de delitos de falsedad, quedando un monto de 156 meses de prisión. De ahí se dedujo la rebaja del 50% por razón del acogimiento a sentencia anticipada, quedando finalmente una pena de 78 meses, que es la que se encuentra purgando la condenada CN.

Es a partir de estos razonamientos o estimaciones que sobre las conductas endilgadas a la señora CYCN, que fueron aceptadas por ella con miras a obtener los beneficios derivados del sentenciamiento rápido, que la Sala debe verificar si hay necesidad de que cumpla la condenada efectivamente y en su totalidad el resto de la pena de prisión en condiciones privativas de la libertad, o si hay lugar a otorgarle la Condena Condicional por el tiempo que aún le falta por cumplir.

En los extractos traídos a colación de la sentencia de condena, se observa que la mayoría de las manifestaciones que se hacen sobre la entidad o gravedad de la conducta juzgada, aparecen en el acápite del estudio dogmático de las conductas base de condena, en las que se indica escuetamente que la filiada actuó con Dolo, que hizo expresión de *"astucia"* para lograr su cometido esquilmatorio del erario público del (INPEC), para lo cual también incurrió en delitos de falsedad documental, lo que patentizó los agravios a bienes jurídicos sensibles como la administración y la fe pública (antijuridiidad material). Precisamente esa *"astucia"*, marrullería o picardía expresada por la condenada para cometer el ilícito de mayor entidad, que fue el PECULADO POR APROPIACIÓN, resultó siendo el único fundamento para la determinación de la pena en 96 meses, que equivalen a 24 meses por encima del mínimo, por aplicación de las reglas del artículo 61 del Código Penal. Es claro que la argumentación sobre la gravedad de la conducta giró en mayor medida en torno a la intensidad del dolo, lo que la Juzgadora de primer grado reprobó en varias oportunidades como la forma astuta como la filiada utilizó su cargo y la confianza depositada en ella por sus superiores para la materlización de los punibles, lo que –en su sentir- *"...lógicamente revelan una gravedad superior en la afectación del bien jurídico y la intensidad del dolo"*.

Pero resulta asaz relevante que a la filiada no se le haya derivado circunstancia alguna de mayor punibilidad

de las establecidas en el artículo 58 del Catálogo Punitivo, y que se le haya valorado positivamente su carencia de antecedentes; lo cierto es que estas valoraciones de la conducta, aunque breves o sucintas, resultaron fundamentales para establecer la EJEMPLARIZANTE medida de la pena privativa de la libertad impuesta a la señora CN, por parte de despacho de conocimiento, quien por razones obvias, derivadas de estas evaluaciones, se determinó por una pena bastante por encima de los mínimos legales para el delito principal de Peculado (96 meses de prisión) y también un aumento considerable por el concurso (60 meses), de suerte que a pesar de la aplicación del beneficio de rebaja de la mitad de la pena por la aceptación unilateral de responsabilidad, la sanción principal de prisión fue de 6.5 años o 78 meses.

Con todo, no puede perderse de vista que los delitos cometidos por ella, unos contra el patrimonio del Estado y otros contra la fe pública, se vieron indefectiblemente favorecidos por los vínculos que la condenada tenía en su momento con el servicio público que desempeñaba, en donde le correspondía la administración de recursos económicos del INPEC, los que sin duda se apoderó en provecho propio utilizando astutos procederes (siguiendo la línea argumentativa del fallador de conocimiento) incurriendo con ello en otros actos delincuenciales de paso (falsedades documetales), que le derivaron en un aleccionador reproche punitivo adicional de 5 años de prisión (60 meses) por el concurso y conexidad ideológica de esos atentados contra la fé pública con el delito de peculado, al cual le sirvieron como medio de comisión.

Pero hoy –después de más de 50 meses de privación efectiva de la libertad- ya no existe la mínima posibilidad que reincida en ese tipo de ilicitudes, porque ha sido desvinculada de su cargo definitivamente por virtud de la condena y se encuentra inhabilitada para el ejercicio de derechos y funciones públicas por 78 meses; peor aun, en su contra pesa la inhabilitación a perpetuidad del artículo 122 numeral 5º de la Constitución Nacional para ejercer cargos de elección popular, o para ser designada o elegida en cargos públicos, o para celebrar personalmente o por interpuesta persona contratos con el Estado. Por virtud de estas importantes sanciones se encuentra a salvo –respecto de ella- todo el conglomerado social frente a potenciales acciones esquilmatorias del erario estatal; aquí está latente la función preventiva que cumplen las penas desde el punto general y especial.

Unida esta imposibilidad física y jurídica para que la señora CN pueda cometer delitos contra el patrimonio del Estado, no puede perderse de vista que su proceder posdelictual de aceptación de responsabilidad voluntaria para que se le profiriera sentenciamiento anticipado traduce un arrepentimiento activo, que no puede ser desdeñado en esta instancia, porque constituye un rasgo ineludible de que desde los albores de la investigación comenzó a operar en ella el fin preventivo especial positivo que cumplen las penas.

Recordemos con la doctrina nacional[13] que la llamada *"Prevención Especial Positiva"* establece que *"…la pena se justifica en cuanto busca la rehabilitación, corrección y tratamiento del infractor penal, mediante un proceso de revalorización que impida al delincuente reincidir en el delito"*. Al hilo de lo anterior se ha indicado que *"La prevención especial positiva está orientada a desarrollar una influencia inhibitoria del delito en el autor, mediante tres fases progresivas: intimidación, resocialización y aseguramiento. En una primera instancia, se dirige a ala prevención individual de delitos futuros a través de un enérgico llamado de advertencia para que se cumplan las normas. La pena, entonces, cumple una función intimidatoria de carácter individual. En un segundo momento, la pena debe cumplir un fin de resocialización, por medio de un complejo tratamiento especial adecuado a la personalidad del infractor, para el reforzamiento de los valores sociales y la inhibición de los impulsos psicológicos delictivos, es decir, mediante la resocialización se pretende que el autor del delito no vuelva a delinquir en el futuro, Y finalmente, si esto no surte efectos, se presenta la reclusión del delincuente, con el fin de protección del irrecuperable (aseguramiento)"*.

La sala encuentra que si bien la *"astucia"* desplegada por la condenada CN para engañar a sus superiores, a efecto de obtener los beneficios económicos irregulares constitutivos de Peculado por Apropiación en provecho propio, constituyen aspectos que desvalorizan su acción criminal, también lo es que en su momento fue el factor nodal o determinante para suministrarle la -fuerte pero necesaria- medicina punitiva que el sistema social tiene establecida para los infractores de la ley penal (prisión de 78 meses), pero ello no es por sí mismo impeditivo para truncarle a la condenada el proceso de resocialización o de reinserción social en el que se haya, y que perfectamente pudiera

[13] POSADA MAYA, Ricardo. HERNÁNDEZ BELTRÁN, Harold M. *"EL SISTEMA DE INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA EN EL DERECHO COLOMBIANO"*. Universidad Pontificia Bolivariana y Biblioteca jurídica DIKE. Medellín. 2001. Páginas 78 y 79.

acabarlo de conseguir bajo un sistema de libertad condicional vigilada, como el establecido en el artículo 64 del Código Penal, esto es brindándole a la condenada la posibilidad de que con las limitaciones propias de la figura retome los contactos familiares, económicos, lúdicos, culturales, etc., y pueda reincorporarse dignamente a la sociedad.

7.2.- De los demás requisitos objetivos y subjetivos para el reconocimiento de la libertad condicional.

Superado el filtro de valoración de las conductas por las que fue condenada la señora CYCN, y bajo el entendido que su gravedad no resulta impeditiva para que el sistema judicial verifique la viabilidad del otorgamiento del sustituto punitivo de LIBERTAD CONDICIONAL rogado, debe la Sala estudiar el cumplimiento de los demás requisitos objetivos y subjetivos consagrados por la fuente normativa (artículo 64 del Código Penal, modificado por el artículo 30 de la Ley 1709 de 2014) y validados por la Corte Constitucional en la Sentencia C-757 de 2014, con Ponencia de la Magistrada GLORIA STELLA ORTÍZ DELGADO, en donde se determinó lo siguiente:

> *"..si bien el juez de ejecución de penas debe valorar la conducta punible, debe analizarla como un elemento dentro de un conjunto de circunstancias. Sólo una de tales circunstancias es la conducta punible.* ***Además de valorar la conducta punible, el juez de ejecución de penas debe estudiar el comportamiento del condenado dentro del penal, y en general considerar toda una serie de elementos posteriores a la imposición de la condena. Con fundamento en este conjunto de circunstancias, y no sólo en la valoración de la conducta punible, debe el juez de ejecución de penas adoptar su decisión****. Al respecto dijo la Corte:*
>
> *"Tal como ya se explicó, en este punto la Corte entiende que el Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad no cumple un mero papel de verificador matemático de las condiciones necesarias para conceder el beneficio de la libertad condicional. Tal vez ello ocurra con los requisitos objetivos para conceder tal beneficio –el cumplimiento de las dos terceras partes de la condena* ***(hoy 3/5 partes)*** *y el pago de la multa, más la reparación a la víctima- pero, en tratándose de los requisitos subjetivos (confesiones; aceptación de los cargos; reparación del daño; contribución con la justicia; dedicación a la enseñanza, trabajo o estudio; trabas a la investigación; indolencia ante el perjuicio; intentos de fuga; ocio injustificado; comisión de otros delitos, etc.), dicha potestad es claramente valorativa. Ello significa que es el juicio del Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad el que determina, en últimas, si el condenado tiene derecho a la libertad condicional. (…)" (Subrayas y entre paréntesis de Sala).*

7.2.1.- La sentencia condenatoria estableció una pena de 78 meses de prisión para la solicitante, de suerte que para acceder al estudio de la libertad condicional debía garantizar el cumplimiento efectivo de por lo menos las 3/5 partes, que equivalen a 46 meses y 24 días de prisión. Resulta claro que para el día 6 de diciembre del año 2017 la condenada había descontado un total de 48 meses y 6 días de prisión, una vez totalizados el tiempo de privación efectiva de la libertad y la redención de pena intramural por trabajo y estudio, de suerte que a la fecha ha superado los 51 meses de pago de prisión efectiva, con lo cual y sin lugar a dudas se cumple el primer requisito de la norma.

7.2.2.- En cuanto al adecuado desempeño y comportamiento durante el tratamiento penitenciario, determinado en el numeral 2o del artículo 64 del Código Penal, se cuenta en el expediente con la cartilla biográfica emitida por el asesor jurídico del Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Mediana Seguridad de Pasto, doctor Eduin Arcesio Terán Bastidas. en el que figuran calificaciones de conducta en nivel de buenas de la señora CYCN (folios 128 a 130 del cuaderno de la ejecución); al igual que una certificación sobre el cumplimiento efectivo de la detención domiciliaria, sin trasgresiones, firmado por el dragoneante Oscar Córdoba Mesías del INPEC (folio 124); también las planillas de registro y control de trabajo, estudio y enseñanza de la filiada, en la que se le califica su comportamiento de sobresaliente en estas actividades, suscrito por tres funcionarios del INPEC (folios 25-26).

De la misma manera se cuenta con el certificado No 3865-17, suscrito por el Director de EPMSC-RM-PASTO el día 28 de septiembre de 2017 en el que se indica que revisados los archivos y el libro radicador de sanciones disciplinarias del Establecimiento Penitenciario y Reclusión de Mujeres de Pasto constató que la señora CN no registra antecedente disciplinario alguno (folio 127). Finalmente, el mismo director suscribe la resolución 0875 del 15 de octubre de 2017 emitiendo CONCEPTO FAVORABLE para el trámite de libertad condicional en favor de la

filiada, una vez revisado su comportamiento, lo anterior en cumplimiento del artículo 371 del C. de P.P. (folio 123).

7.2.3.- En cuanto a la existencia del arraigo familiar y social determinado, en el numeral 3o de la norma en cita, la Sala encuentra claramente acreditado este requisito desde el pronunciamiento emitido por el Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Pasto el 4 de mayo de 2017, cuando se estudió la posibilidad de conceder el sustituto de prisión domiciliaria con base o fundamento en el artículo 38G del Código Penal. Su domicilio se encuentra ubicado en la … de Pasto, lugar en donde ha cumplido a satisfacción los deberes inherentes a dicha privación de la libertad en residencia, motivo por el cual no hay lugar a dudar de su arraigo. La condenada se encuentra en vínculo matrimonial con … y tienen 3 hijos mayores de edad que responden a los nombres de … . Desde los albores de la investigación se pudo establecer que la citada residencia es en la que ha vivido –por lo menos- en los últimos 10 años.

8.- <u>Conclusiones.-</u>

La Sala considera que la señora CYCN ha cumplido a satisfacción con los requisitos establecidos en el artículo 30 de la Ley 1709 de 2014, permitiendo superar los principios de prevención especial positiva y de reinserción social, fijados en el inciso final del artículo cuarto (4) del Estatuto Punitivo, y que son los rectores para el momento de la ejecución de la sanción. Así, siendo que la función de la pena también se encuentra encaminada a una readaptación personal y resocialización del condenado, al haberse auscultado positivamente por esta Sala el cumplimiento de estos principios fundamente de la pena, se procederá a revocar el auto interlocutorio calendado a 6 de diciembre de 2017 y, en consecuencia, resolverá conceder el sustituto de libertad condicional elevado por la apoderada judicial de la prenombrada, conforme las motivaciones precedentes.

Para gozar de los privilegios inherentes al mentado beneficio, deberá suscribir la condenada CN acta compromisoria con las obligaciones del artículo 65 del Código Penal, las cuales se garantizarán con la prestación de caución prendaria, a la cuenta de depósitos judiciales del Juzgado Ejecutor de la sanción, que se fija en un (1) SMLMV. El tiempo que le faltare para cumplir la pena impuesta se tendrá como periodo de prueba.

Sin más consideraciones al respecto, el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Pasto, en Sala de Decisión Penal,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR el auto proferido el 6 de diciembre de 2017 por el Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Pasto y, en su lugar, **CONCEDER** a la señora CYCN el sustituto de LIBERTAD CONDICIONAL previsto en el artículo 64 del Código Penal (modificado por el artículo 30 de la Ley 1709 de 2014). Para la materialización del beneficio deberá la procesada suscribir acta compromisoria con las obligaciones del artículo 65 del Código Penal, las cuales se garantizarán con la prestación de caución prendaria, a la cuenta de depósitos judiciales del Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Pasto, que se fija en un (1) SMLMV. El tiempo que le faltare para cumplir la pena impuesta se tendrá como periodo de prueba.

SEGUNDO: Contra esta decisión no procede recurso alguno.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

SILVIO CASTRILLÓN PAZ
Magistrado

JOSÉ ANÍBAL MEJÍA CAMACHO
Magistrado

FRANCO SOLARTE PORTILLA
Magistrado

JUAN CARLOS ÁLVAREZ LÓPEZ
Secretario

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Roles de los Sujetos Procesales.
IMPUTACIÓN Y ACUSACIÓN - Facultad exclusiva y excluyente de la Fiscalía General de la Nación.
ALLANAMIENTO A CARGOS – CONTROL FORMAL POR EL JUEZ DE CONOCIMIENTO: Se predica exclusivamente de los Preacuerdos, no del Allanamiento.
ALLANAMIENTO A CARGOS – CONTROL MATERIAL POR EL JUEZ DE CONOCIMIENTO: Salvo casos de extrema excepcionalidad, no le está permitido adelantar control material del allanamiento al pliego de cargos, por consiguiente, tampoco puede invalidar las imputaciones y acusaciones formuladas, porque el modelo adversativo de investigación y juzgamiento penal le obliga a ejercer un rol de absoluta e inexcusable imparcialidad.
PRINCIPIO DE ARMONIZACIÓN CONCRETA - El Estado debe garantizar la efectividad de todos los Derechos Constitucionales y no solamente la vigencia de unos a costa de otros.
NULIDADES – PRINCIPIOS QUE LAS RIGEN: Taxatividad, Trascendencia, Convalidación, Instrumentalidad de las Formas, Protección, Acreditación y Residualidad.
NULIDAD POR VIOLACIÓN DE GARANTÍAS FUNDAMENTALES – Decreto Oficioso por Vulneración del Debido Proceso en Aspectos Sustanciales.

Hay lugar a declarar de oficio la nulidad de lo actuado, siendo que el juez de conocimiento, no obstante no estar prevista en el proceso penal abreviado, llevó a cabo audiencia de verificación del allanamiento, efectuando un control a la aceptación de cargos formulados, lo cual ya había sido agotado por el de control de garantías, operando el principio de preclusividad; procediendo a realizar control material a la imputación y anulándola de oficio al considerar que trasgrede el principio de legalidad penal, haciendo que se formulara una nueva imputación más gravosa, imponiendo su propia calificación penal de los hechos, lo cual se encuentra proscrito en la sistemática acusatoria, en tanto es al ente instructor, como titular de la acción penal, al que le asiste la facultad exclusiva y excluyente de formular la imputación y la acusación, sin injerencia alguna; transgrediendo la estructura esencial del sistema procesal penal abreviado y la imparcialidad judicial a la cual se encuentra obligado, sin que pueda predicarse que tales irregularidades fueron convalidadas por la defensa.

Además con el actuar del funcionario judicial, se quebrantó la confianza legítima que tiene el procesado, pues al intervenir en la calificación de los cargos penales rompió la expectativa que el juez no tendrá roles acusatorios y que respetará la imputación de la Fiscalía.

Y siendo que se cumplen los principios que rigen las nulidades y al establecerse que tales irregularidades trasgreden el debido proceso en aspectos sustanciales, se decreta la invalidación de la actuación surtida, no siendo factible dictar fallo de reemplazo, en aplicación del principio de Armonización Concreta contenido en el artículo 2º Constitucional, por cuanto de tomarse tal decisión, la Fiscalía perdería el derecho fundamental a impugnar la providencia y de lo que se trata es de restablecer el debido proceso sustancial agredido, sin sacrificar otros derechos./

Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto

Sala de Decisión Penal

Magistrado Ponente:

FRANCO SOLARTE PORTILLA

Asunto	:	Apelación sentencia condenatoria
Delito	:	Lesiones personales dolosas
Condenadas	:	HFOR
Radicación	:	523566107457-201200791-01 NI 23782
Aprobación	:	Acta N° 2018-185 (Noviembre 26 de 2018)

San Juan de Pasto, noviembre veintinueve de dos mil dieciocho

Objeto del pronunciamiento

Resuelve el Tribunal el recurso de apelación interpuesto por el defensor de HFOR en contra de la sentencia del 19 de septiembre de 2017, que lo condenó como autor doloso del delito de lesiones personales previsto en los artículos 111, 113 –inciso 2º-, 114 –inciso 2º- y 116 –inciso 1º- del Código Penal, emitida por el Juzgado Primero Penal Municipal con Función de Conocimiento de Ipiales- Nariño.

Resumen de los hechos

En la madrugada del 16 de junio de 2012, en la Urbanización Miramontes de Ipiales- Nariño, acaeció una reyerta entre los señores HFOR y NACM, en la que el primero en mención se valió de un machete para en repetidas oportunidades agredir al segundo en cita en su cuello y en los brazos, hasta que los vigilantes del lugar intervinieron haciendo cesar el ataque.

El dictamen forense allegado determinó como consecuencia de ese ataque, incapacidad médico legal por 40 días y como secuelas: *"Deformidad física que afecta el cuerpo, de carácter permanente; Perturbación funcional de órgano, de carácter a definir, en nueva valoración en tres meses"*.

Síntesis de la actuación cumplida

En audiencia de formulación de imputación celebrada ante el Juzgado Segundo Penal con Función de Control de Garantías de Ipiales- Nariño, la Fiscalía 14 Local de ese mismo lugar adjudicó al señor HFOR los elementos factuales atrás relatados, y jurídicamente le enrostró ser autor doloso del reato de lesiones personales previsto en los artículos 111 y 113 del Código Penal, de manera que la pena sería de 32 a 126 meses de prisión, multa de 34.66 a 54 salarios mínimos legales vigentes y demás sanciones accesorias; le expresó que de allanarse a cargos la pena a imponer podría ser de hasta la mitad de la atrás mencionada. El defensor público Jorge Armando Chamorro Fuertes no hizo reparos a esa imputación.

Luego de que la Judicatura le hizo conocer sus garantías penales, el señor OR aceptó los cargos; el Juzgado comprobó que esa decisión fue libre, voluntaria, consciente y debidamente asesorada por la defensa técnica.

Al Juzgado Primero Penal Municipal con Función de Conocimiento de Ipiales le correspondió seguir adelante con el juicio, por lo que convocó a *"audiencia de verificación de allanamiento a cargos"* y luego a la vista pública de individualización de pena y sentencia.

En la primera diligencia en cita, las partes encontraron que no hay motivos de incompetencia, recusación, impedimentos, ni de nulidad; acto seguido, el señor Juez pidió a la Fiscalía que *"formule prácticamente en esta audiencia la solicitud de validación o verificación de allanamiento a cargos, enunciando los elementos materiales que tenga a su cargo con (...) la tipicidad que considera adecuada a este caso, con la adecuación típica, mejor, enunciando los hechos, enunciando las evidencias, el acto de allanamiento y la calificación jurídica que tiene el caso",* ante lo cual, el ente acusador memoró lo acaecido en la audiencia de imputación, reiterando los aspectos factuales y los cargos penales que endilgó, y aludió a que el procesado se allanó a ellos, y después manifestó que las evidencias fueron entregadas al Juzgado de conocimiento. Allí, en este momento, el a quo le pidió al Fiscal que verbalice el último dictamen pericial de Medicina Legal y la entrevista de la víctima, lo que dicho delegado hizo. La defensa, en uso de la palabra, confirmó que lo sucedido en el referido acto preliminar fue tal cual lo retrató la Fiscalía.

Tras de ello la Judicatura de primera instancia encontró lesionado el principio de legalidad, pues en su sentir el último dictamen médico legal de lesiones no fatales no corresponde a la real situación jurídica, ya que tal experticia refiere a secuelas como la pérdida funcional permanente del órgano de la aprehensión y la perturbación funcional de la mano derecha, de manera que la imputación correcta debería ser la del *"inciso 2º del artículo 114 del Código Penal"*. Consideró entonces que para reivindicar el principio de legalidad y hacer prevalecer los derechos de la víctima, declaró nula la imputación de cargos que realizó la Fiscalía. El representante del órgano persecutor no hizo uso de la impugnación, mientras que el defensor pidió un receso para analizar la decisión judicial emitida.

Al reanudarse la diligencia, con base en los moduladores de la actividad procesal, por economía procesal y atendiendo el principio de concentración, el Juzgado dispuso que ante él se rehaga la imputación, ésta sí respetuosa de lo legal, y que no cabe regresar el asunto ante los jueces de garantías, por lo que se debía pretermitir esa etapa, dado que allá, en la imputación, son provisionales los cargos enrostrados, y que acá, en la audiencia de verificación del allanamiento, la Fiscalía puede modificarlos; adveró que si el procesado se allanaba a la nueva incriminación, se seguirá con la audiencia subsiguiente de individualización de pena y sentencia.

La Fiscalía acatando esas directrices judiciales, en la misma diligencia varió la imputación jurídica en el sentido de adjudicar al procesado ser autor doloso de las lesiones personales previstas en los artículos 111, 113, 114 y 116 del Código Penal, ciñéndose a la sanción de este último precepto legal, que es la más gravosa, de manera que la prisión que enfrentaría la persona sub judice sería de 96 a 180 meses y multa de 100 a 150 salarios mínimos legales mensuales vigentes; no hubo oposición de la contraparte ni del interviniente allí presente.

Ante este nuevo panorama, el encausado aceptó los cargos una vez se le puso de presente por el Juzgado sus derechos y garantías procesales y el Despacho verificó que tal manifestación de allanamiento fue libre, voluntaria, consciente y debidamente asesorada por la defensa técnica.

Ya en la audiencia de individualización de pena y sentencia, que se realizó en fecha diferente por solicitud y aplazamientos de la parte defensiva, ésta deprecó que se declare inválida la nulidad de la imputación inicialmente aceptada, para lo cual se cimentó, de una parte, en la causal relativa a violación del debido proceso en aspectos sustanciales radicada en el artículo 457 del Código de Procedimiento Penal, y de otra, en la providencia del 27 de enero de 2017, proferida por la Corte Suprema de Justicia, Magistrado ponente Fernando Alberto Castro Caballero, cuyos efectos son que se siga con la audiencia del artículo 447 del Código de Procedimiento penal teniendo como válida la primera imputación allanada; de no prosperar esa petición, subsidiariamente rogó que se acepte la retractación del enjuiciado al allanamiento sobre la nueva imputación formulada en la audiencia ante el Juez de conocimiento; los representantes de la víctima y de la Fiscalía se opusieron a esas pretensiones defensivas.

El Juzgado de primera instancia negó la nulidad con base en que no se ultrajó el derecho de defensa porque el procesado tuvo libertad de aceptar o no cargos, y que al hacerlo, se verificó que tal acto unilateral sea consciente, libre, voluntario y con asesoramiento del profesional del derecho que asiste al señor HFOR, y finiquitó diciendo que no hubo irregularidad procesal sustancial alguna, al no satisfacerse los principios que regulan las nulidades, y que de haberla, estaría convalidada porque el defensor aconsejó al implicado para que se allane a los cargos. En cuanto a la retractación pura y simple, señaló que legal y jurisprudencialmente es inadmisible una vez se ha depositado sobre ella el aval judicial que coligió que no hay vicios del consentimiento (error, fuerza y dolo).

La defensa apeló la decisión con los mismos argumentos que soportaron la súplica de invalidez, y agregó que no existe la posibilidad judicial de anular el allanamiento a la primera imputación, que debe respetarse, pero si se hizo, debió efectuarse una nueva adjudicación de cargos ante juez de garantías, además que de fallarse con base en la segunda imputación, se violentaría el principio de congruencia; de otro lado dijo que las vicisitudes ocurridas en la audiencia de verificación de allanamiento hicieron que su patrocinado no entendiera cabalmente a qué se acogía, por lo que es bienvenida la recantación. Se opusieron los no recurrentes al compartir el pronunciamiento judicial y enseguida se concedió el recurso de apelación en el efecto suspensivo.

El Juzgado Primero Penal del Circuito de Ipiales resolvió el recurso de apelación confirmando la determinación de la primera instancia. Decretó que es *"caótico"* el uso del precedente jurisprudencial invocado por el censor, pues no encuadra en el caso en concreto, es decir, que los presupuestos factuales del precedente referenciado por el apelante son disímiles a los del presente asunto, y si bien el juez de conocimiento no debe acometerse nuevamente a comprobar la validez del allanamiento a cargos, ello lo es cuando él está de acuerdo con la legalidad de lo imputado, cosa que en el sub judice no acaece y menos fue el tema tratado en el referido precedente.

Arguyó que la judicatura en el juzgamiento sí cuenta con la facultad legal y constitucional de invalidar una imputación deshonrosa de la estricta tipicidad penal, como así lo confirman las providencias con radicados 25108 del 30 de noviembre de 2006 y la 25724 del 10 de octubre del mismo año, ambas proferidas por la Corte Suprema de justicia, Sala Penal.

Añadió a lo anterior que el defensor no atacó la decisión judicial que rescindió la primera imputación, por lo que quedó en firme.

En lo referente a que en caso de nulidad debió realizarse la formulación de imputación ante un juez de garantías, manifestó que así lo dispone la normativa procesal penal, esto es que dichos actos se surten ante esos específicos funcionarios, sin embargo, tal irregularidad no es trascendente, porque el juez de conocimiento entendió que por economía procesal es jurídicamente factible realizar ante él la imputación, siempre que el procesado aceptara libremente los cargos, lo cual fue revalidado por la parte defensiva al no oponerse a esa alternativa procesal condicionada, de manera que se llena el principio de convalidación, además de que se atisba cumplido el principio de instrumentalidad de las formas, pues el acto irregular cumplió su cometido de hacer conocer al implicado los cargos enrostrados, sin que con ello se haya ofendido el derecho de defensa, ni menos se probó que se haya trasgredido el debido proceso, dando al traste con el principio de trascendencia; por eso, reputó como violatorio de la seguridad jurídica y de la irretractabilidad del allanamiento los planteamientos de alzada.

En lo tocante a la retractación, con asidero en abundante jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia (radicados 34699 del 26 de febrero de 2016, Magistrado ponente José Leonidas Bustos; 39707 del 13 de febrero de 2013, Magistrada ponente María del Rosario González; 39834 del 20 de noviembre de 2013, Magistrado sustanciador Fernando Alberto Castro), estimó que no está permitido el arrepentimiento ante el allanamiento una vez aprobado judicialmente, como en efecto lo está, ni menos se demostró vicios en el consentimiento en dicho rito.

De nuevo la actuación en manos del Juzgado de primera instancia, resuelta la impugnación vertical, se instaló la audiencia de individualización de pena, en la cual la Fiscalía dejó a consideración judicial la tasación de la sanción a irrogar y aseveró no oponerse a la eventual concesión de subrogados penales; el representante judicial de la víctima dijo atenerse a lo resuelto; la defensa instó que a su prohijado se le imponga la pena más baja del cuarto mínimo, por la carencia de antecedentes, es decir, ser delincuente primario, de suerte que le cabe la suspensión condicional de la pena, y de no ser así, se estudie la posibilidad del otorgamiento de la prisión domiciliaria ordinaria o como persona cabeza de familia, al ser padre de 3 personas, que aunque mayores de edad, se sabe que la obligación del ascendiente directo va hasta los 25 años de edad, siendo su defendido quien los manutiene, pues la madre no se ocupa de lo propio.

La providencia impugnada

El Despacho judicial de primer grado hizo un recuento de los hechos delictivos y del acontecer procesal que se reseñó en el acápite anterior y estimó que el procesado está plenamente identificado e individualizado.

Ya en la parte motiva, inició justificando que el juez de conocimiento sí está facultado para anular una imputación en la audiencia de verificación de allanamiento a cargos cuando aquella no respete la legalidad, pues un acto de esa especie que no esté acorde con la gravedad del delito ofende los derechos de las víctimas y de la sociedad que esperan que al victimario se le aplique la condigna consecuencia punitiva, aserto que lo afianzó en la principalística, como la primacía del derecho sustancial, la protección de los derechos de las partes e intervinientes en el proceso penal, sobre todo de aquellas en estado de debilidad manifiesta y la igualdad, atribución judicial que le permite controlar la imputación en punto de que se ajuste a la legalidad penal, sin distingo de que la errónea tipificación vaya en contra o en pro del encartado; solamente así, iteró, se logra la justicia y el respeto a las víctimas, además de que se precaven ulteriores nulidades; trajo en respaldo a colación las providencias con radicados 27159 del 18 de abril de 2007 y 34773 del 20 de agosto de 2010, emitidas por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, e invocó los artículos 10.5 y 27 del Código de Procedimiento Penal; acotó que como la imputación allanada hace las veces de la acusación, ésta tiene control judicial en el sentido expuesto, siguiendo analógicamente el derrotero del artículo 339 procesal ya citado.

Ubicándose entonces en el caso en concreto, afirmó que el concepto de Medicina Legal lleva a tipificar la conducta del señor HFOR como autor doloso de las lesiones personales previstas en los artículos 111, 113, 114 y 116 del Código Penal, por lo que la primera imputación no respetaba la legalidad y por ello se imponía su ineficacia para que se rehaga la formulación de cargos con acoplo al principio de legalidad, tal como se hizo, y de esa manera lograr que la sanción penal corresponda al daño sufrido en la integridad física del ofendido y a la protección material de ese bien jurídico protegido.

Por último destacó que el procesado se allanó a la nueva imputación, por lo que se hizo bien en evitar la dilación procesal que significaría retrotraer el asunto para que tal acto se surta conforme a los nuevos cargos ante un juez de control de garantías, y allí producirse el allanamiento, para luego de eso retorne el asunto al Juzgado de conocimiento, trámite innecesario evitado al efectuarse directamente la diligencia nueva ante el juez de conocimiento, donde sucedió, como se sabe, la aceptación de responsabilidad por parte del inculpado.

Insistió en la inexistencia de la posibilidad jurídica de retractación a la última imputación, pues ya hubo validación judicial de ello, y repitió que no hay vicios del consentimiento (error, fuerza y dolo) porque el allanamiento fue libre, consciente, voluntario y asesorado por el un profesional del derecho que asistía la defensa.

Tras sintetizar las intervenciones de las partes e intervinientes en la audiencia de individualización de pena, dijo encontrar satisfechos los presupuestos para emitir condena, habida consideración que el estándar para ello exige que estén probados más allá de toda duda razonable la conducta delictual y la responsabilidad penal del acusado, y que ello lo está conforme se extrae de los elementos de convicción aportados por la Fiscalía, sumado a que aquél se confesó culpable. Pasó así a hacer un repaso de las categorías del delito, encontrando acreditadas la tipicidad objetiva y la antijuridicidad, descartando la presencia de causales de justificación, y que asimismo estimó que hay culpabilidad *"a manera de dolo"* (sic), por estar presente la conciencia de antijuridicidad del procesado, a quien le atribuyó la categoría de sujeto imputable, conformándose de ese modo satisfactoriamente los requisitos indispensables para condenar.

Finalmente se ocupó de la dosimetría de la pena. Refirió que las lesiones personales previstas en los artículos 111, 113, 114 y 116 del Código Penal contemplan distintas sanciones, pero por el dispositivo de la unidad punitiva previsto en el artículo 117 ejusdem, se toma la más gravosa, que corresponde a la del artículo 116 en cita, que contempla prisión que va de 96 a 180 meses y multa de 33.33 a 150 salarios mínimos mensuales legales vigentes; determinó enseguida los cuartos de movilidad y se posicionó en el mínimo, por mediar la circunstancia de menor punibilidad de carencia de antecedentes penales; teniendo de presente la gravedad del delito, la alta intensidad del dolo, que se trata de una persona letrada que le era exigible otro comportamiento y la necesidad de aplicación de los fines de la pena, fijó prisión de 98 meses y multa de 35 salarios mínimos mensuales legales vigentes; por la aceptación de cargos rebajó el 50 % de la pena impuesta, quedando en definitiva una aflicción privativa de la libertad de 49 meses y por igual término la accesoria de los artículos 44 y 52 –inciso 3º- del Código Penal y multa de 17.5 salarios mínimos mensuales legales vigentes.

Estimó que el régimen legal de la suspensión condicional de la ejecución de la pena contemplado en la Ley 1709 de 2014, que reformó el artículo 63 del Código Penal, admite aquel subrogado para delitos castigados hasta con 4 años de prisión, y otrora el límite era de 3, por lo que en la regulación precedente no podría el procesado acceder al sucedáneo, y en la de ahora, la pena impuesta al señor HFOR supera los 4 años de prisión que es el límite legal para acceder al subrogado, además de que el artículo 68 A del Código antedicho, dotado de contenido por la Ley 1709, excluye del beneficio a quien perpetró el delito por el que se condenó al prenombrado.

Tampoco hizo acreedor al condenado de la prisión domiciliaria dispuesta para personas cabeza de familia, por considerar que no colma las exigencias legales contenidas en la Ley 82 de 1993, modificada por la Ley 1232 de 2008, en la Ley 750 de 2002 y los artículos 314 y 461 del Código de Procedimiento Penal para adjudicarle esa calidad al encartado.

Y, finalmente, en cuanto a la prisión domiciliaria, expresó la primera instancia que en el régimen de la Ley 1709 de 2014, ese sustituto penal se permite para quienes hayan sido condenados por injustos que tengan sanción de prisión mínima prevista en la ley de 8 años o menos, lo cual se satisface, empero, esa normativa modificó el artículo 68 A del Código Penal, enlistando unos específicos reatos, entre los que está aquel por el cual se condenó a OR, como desprovistos de la concesión de este subrogado y otros beneficios, por lo que tampoco puede otorgársele este instituto.

También analizó el tema desde la perspectiva del régimen anterior, encontrando que el requisito objetivo para alcanzar el sucedáneo se afinca en que la pena de prisión mínima prevista en la ley sea de 5 años o menos, condición que no se da en el presente caso.

Argumentos de la impugnación

Estimó el defensor que el régimen legal más favorable para el condenado en lo que refiere al acceso a los subrogados penales es el anterior a la vigencia de la Ley 1709 de 2014, y siendo así, pidió al Tribunal que se analicen esos tópicos a la luz de la señalada normatividad.

Discrepó de la sentencia, porque en su opinión, en el presente caso se cumple con las exigencias legales y jurisprudenciales para que su representado acceda a la prisión domiciliaria como persona cabeza de familia.

Consideraciones

De entrada advierte el Tribunal, que a voces del artículo 34 numeral 1º del Código de Procedimiento Penal, es competente para examinar el fondo de las cuestiones planteadas en la apelación.

La apelación, según la teoría general del proceso, está gobernada por el principio tantum devolutum quantum apellatum, según el cual, la segunda instancia judicial únicamente puede pronunciarse sobre los temas que el apelante le ponga de presente, y por fuerza, también en torno a los aspectos que tengan inescindible relación respecto al objeto de alzada[1], **empero, si observa que hay afectación a derechos y garantías fundamentales, para efectos de su respeto amen que son legitimadores de la actividad penal del Estado, el ad quem está habilitado para pronunciarse oficiosamente sobre ello, aunque no sea objeto de apelación**[2].

Lo dicho atrás determinaría que, en esta oportunidad, el ámbito de competencia del Tribunal estaría restringido a resolver los temas de impugnación, a saber:

> *¿Cuál es el régimen legal más favorable para el condenado en lo que refiere al acceso a los subrogados penales, ya el previsto en la Ley 1709 de 2014 como lo sostuvo la primera instancia o el ordenamiento que le antecede como lo afirmó el apelante?*
>
> *¿En el presente caso se satisfacen o no las exigencias legales y jurisprudenciales para que el condenado acceda a la prisión domiciliaria como persona cabeza de familia?*

Sin embargo, esta Corporación judicial encuentra que hay un tema que incumbe abordar oficiosamente dado que toca con garantías fundamentales; es el siguiente expuesto a manera de interrogación:

> *¿Que el juez sentenciador, ante la aceptación de cargos del procesado en la audiencia de imputación surtida ante juez de garantías, haya celebrado audiencia de verificación del allanamiento a la imputación, que allí le haya dado el impulso del artículo 339 del Código de Procedimiento Penal, que haya ejercido control material a la imputación allanada hasta decidir anularla por considerar que viola la legalidad penal, que haya sugerido la calificación jurídica a imputar, que una nueva imputación más gravosa se haya formulado allí mismo en la audiencia de verificación del allanamiento a cargos, representa motivo de nulidad, y de ser así, ello se encuentra convalidado por la parte defensiva?*

Dígase primero, que el principio de economía procesal enseña que carece de sentido que la Colegiatura se ocupe primeramente de solucionar los cargos de la impugnación y solamente al final resuelva la cuestión oficiosamente planteada, pues en ese escenario serían vanos todos los esfuerzos dirigidos a evacuar los temas de alzada si luego se establece que hay lugar a anular toda la actuación procesal que esté viciada, es decir, que se habría abordado el estudio de unos temas, los de apelación, que luego no surtirían efectos jurídicos si acaso se invalida la actuación procesal; ahora, que sin no cabe la nulidad, entonces sí se dirimirán los cargos de apelación.

Así vista la secuencia de resolución de los problemas jurídicos, ab initio se estudiará la existencia de una posible nulidad.

[1] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia SP4886-2016, radicación No. 45223 del 20 de abril de 2016.
[2] Ibídem.

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha explicado que el mutismo del Código de Procedimiento Penal en cuanto a consagrar los principios que gobiernan las nulidades no significa que ellos no existan o que no deban ser tenidos en alta consideración para resolver cuestiones de ineficacia de los actos procesales, pues esas supremas directrices *"son inherentes al asunto"* [3], hacen parte inmanente y permanente del debido proceso penal.

Así, son principios que rigen las nulidades los de taxatividad, trascendencia, convalidación, instrumentalidad de las formas, protección, acreditación y residualidad; en lo que sigue, reproduciremos lo que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia[4] entiende por tales y lo que es más importante, procederemos a darles aplicación al caso que ahora nos concierne:

> ***"Principio de taxatividad:*** *Para solicitar la declaratoria de invalidez de la actuación es imprescindible invocar las causales establecidas en la ley."*

El artículo 457 del Código de Procedimiento Penal consagra una única pero conglobante causal de invalidación, así: *"Nulidad por violación de garantías fundamentales. Es causal de nulidad la violación del derecho de defensa o del debido proceso en aspectos sustanciales"*.

Se tiene por sabido que en este asunto, el Juez de conocimiento celebró *"audiencia de verificación del allanamiento a la imputación"* y allí mismo le dio el impuso del artículo 339 del Código de Procedimiento Penal; además, dígase sin ambages, ejerció control material a la imputación aceptada, procediendo a anularla por considerar que viola la legalidad penal; y como si fuera poco, sugirió la calificación jurídica a imputar, lo que desembocó en que la Fiscalía efectuara en ese escenario de juzgamiento una nueva imputación, más gravosa ésta punitivamente hablando, a la cual se sometió el procesado. Por manera que, corresponde verificar si lo acabado de memorar trasgrede el debido proceso en aspectos sustanciales, o lo que es lo mismo, la estructura esencial del sistema procesal penal abreviado.

El artículo 293 del Código de Procedimiento Penal regula el proceso penal abreviado, al contemplar que si el incriminado acepta la imputación o efectúa un acuerdo con la Fiscalía, ello funge como acusación suficiente, la cual será remitida al juez de conocimiento; y que tratándose del preacuerdo, este funcionario lo avalará luego de comprobar que la manifiesta admisión de responsabilidad allí contentiva es libre, consciente, voluntaria y debidamente asesorada por profesional del derecho, sin que a partir de entonces prospere la retractación.

Impera advertir que ese control formal de la validez de la aceptación de cargos que realiza el juez de conocimiento se predica exclusivamente de los preacuerdos, jamás del allanamiento, ya que el artículo 293 aludido, de manera contundente así lo proclama: *"Examinado por el juez de conocimiento* ***el acuerdo*** *para determinar que es voluntario, libre y espontáneo, procederá a aceptarlo sin que a partir de entonces sea posible la retractación de alguno de los intervinientes"*.

Tiene sentido que el juez de conocimiento no efectúe ese control al allanamiento a la imputación, porque tal tarea ya la agotó el de garantías, en cambio, la autoincriminación contentiva en el acuerdo no ha tenido aún ese tipo de filtro judicial, porque el convenio se hizo entre las partes; es, pues, la primera vez que el juez asume el tema y es esa la razón de ser de que los preacuerdos, a diferencia de la aceptación del allanamiento, tengan en sede del juicio la señalada revisión judicial.

Ante un allanamiento a la imputación avalado en su validez por el juez de control de garantías, se aplica la premisa del artículo 293 que dispone que el juez competente "*convocará a audiencia para la individualización de la pena y sentencia",* lo que significa que en la estructura del proceso penal abreviado no existe la denominada audiencia de verificación del allanamiento a la imputación que realizan algunos funcionarios judiciales, ya que, insístase, la validez de la aceptación de cargos en la imputación ya fue verificada en control de garantías. Revalida lo predicho la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia:

[3] Sentencia AP1173-2014, Radicado 43158 de 12 de marzo de 2014.
[4] Decisión del 18 de marzo de 2009, Radicado 30710.

> *"(…) si ya el juez de control de garantías verificó que la aceptación de los cargos operó libre, voluntaria y completamente informada, no es posible de ninguna manera que el juez de conocimiento proceda a realizar, como en el caso examinado sucedió, un nuevo examen de esos factores (…) y a ello se ofrezca la posibilidad de aceptación o no, pues, puede conducir a una imposible retractación."* [5]

Que el juez de conocimiento lleve a cabo el control de la validez al allanamiento a cargos que ya hizo uno de garantías, no solamente va en contra de la economía procesal al duplicar innecesariamente un acto judicial que ya tuvo lugar, donde ha operado el principio de preclusividad, también denominado principio antecedente-consecuente[6], porque además se puede tornar problemática la celebración de tal atípica audiencia, ya que si nuevamente en ella se inquiere al procesado si su decisión de aceptar los cargos es libre, voluntaria, consciente y asesorada por su defensor letrado, bien podría responder negativamente, con lo que se habilita a instancia de la judicatura una retractación al allanamiento a cargos, lo cual está proscrito por agredir a la lealtad procesal y por menoscabar la seriedad de los actos de parte; así lo explica la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia:

> *"(…) si la persona acepta voluntariamente y de forma unilateral los cargos consignados en la formulación de imputación, ya después no puede desdecirse de ello, porque la ley no permite que el simple deseo o querer afecte la legitimidad y efectos del allanamiento."* [7]

En el foro se ha escuchado que los jueces de conocimiento convocan a la mentada diligencia no para posibilitar la retractación pura y simple del procesado que se allanó a la imputación, pues entienden que tal arrepentimiento jurídicamente no está permitido, sino que instalan la vista pública en comento para brindar el espacio procesal a la defensa para que alegue algún posible vicio del consentimiento en el allanamiento o la fractura de las garantías procesales en la de formulación de imputación, y sostienen que de no realizarse aquella audiencia, se cercena de tan importante posibilidad.

Tal argumento no tiene cabida, porque el parágrafo del artículo 293 del Código de Procedimiento Penal preceptúa que *"en cualquier momento"* es permitida la retractación en los eventos de quebrantamiento de garantías fundamentales o de vicios del consentimiento, por lo que nada impide que las alegaciones de ese tipo puedan realizarse en el acto de individualización de pena, sin el desgaste procesal que implica instalar una diligencia adicional para ese propósito y sin el riesgo de que el procesado se desdiga de su aceptación de cargos, riesgo que, así lo enseña la experiencia judicial, está latente, porque la dinámica de la audiencia de verificación del allanamiento es igual al rito que realiza el juez de garantías, consistente en que el juzgador indaga al implicado si su aceptación de cargos es libre, consciente, voluntaria y asesorada.

Es claro que con ello queda abierta la posibilidad real de una recantación simple, pero si el juez estima que eso no es jurídicamente admisible, se habrá desgastado realizando unas preguntas que no conducen sino a la dilación procesal injustificada; de allí que, se itera, esa audiencia de verificación del allanamiento no está prevista en el proceso penal abreviado, por ser tautológica y porque los vicios del consentimiento y el quebrantamiento de garantías fundamentales en el allanamiento a cargos pueden proponerse y definirse en la audiencia del artículo 447 del Código de Procedimiento Penal.

Al margen, conviene destacar la impertinencia del lenguaje jurídico empleado por el legislador en el parágrafo del artículo 293 de la codificación procesal penal, que habla de retractación por afrenta de las garantías fundamentales o por vicios del consentimiento, cuando en tal caso, y en rigor, lo que hay es un vicio anulatorio del acto aprobatorio de la aceptación de cargos; así lo confirma, de una parte, la doctrina al sostener que *"desde el punto de vista estrictamente jurídico no será retractación sino causal de nulidad del acto"* [8], y de otra, la jurisprudencia vertical:

---

[5] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, providencia AP 819-2014 radicado 43171 del 26 de febrero de 2014.
[6] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, providencia SP 40053 radicado 33409 del 13 de febrero de 2012.
[7] Ibídem.
[8] PROCEDIMIENTO PENAL ACUSATORIO, NÉLSON SARAY BOTERO, Uniacadémia, Editorial Leyer, ISBN 978-958-769-460-4, Bogotá, 2016, página 291.

> *"La Corte, debe señalarse expresamente, asume errada –y por esa vía factor de confusión- la forma en que el legislador denomina "retractación" a lo que en su naturaleza no son más que circunstancias invalidantes de lo actuado, propias de las causales de nulidad y sin vinculación siquiera cercana a ese actuar unilateral de quien, por su solo querer, busca desdecirse de lo aceptado."* [9]

También en el foro se ha esbozado que si el allanamiento a la imputación se asimila a la acusación, entonces el juez de conocimiento debe darle al asunto el curso señalado en el artículo 339 del Código de Procedimiento Penal que regula al susodicho acto del juicio y que reza: *"Abierta por el juez la audiencia, ordenará el traslado del escrito de acusación a las demás partes; concederá la palabra a la Fiscalía, Ministerio Público y defensa para que expresen oralmente las causales de incompetencia, impedimentos, recusaciones, nulidades, si las hubiere, y las observaciones sobre el escrito de acusación, si no reúne los requisitos establecidos en el artículo 337, para que el fiscal lo aclare, adicione o corrija de inmediato."*

Si lo buscado es la aplicación en eventos de terminación anticipada del artículo 339 del Código de Procedimiento Penal, se estaría erradamente imprimiendo al asunto el trámite del proceso ordinario y no del abreviado, por lo que carece de sentido la invocación de tal norma que es propia de aquel diligenciamiento y no de este; además, su aplicación llevaría a incurrir nuevamente en un desgaste procesal por doblamiento innecesario de audiencias, pues en la de acusación se verifica que en el escrito incriminatorio esté correctamente individualizado e identificado el procesado, que haya relación sucinta y clara de los hechos y de los cargos penales enrostrados, aspectos que ya fueron controlados por el juez de garantías conforme al artículo 288 ejusdem.

Un precedente jurisprudencial afianza lo que viene sosteniéndose:

> *"Ya la Sala, de manera amplia y reiterada, tiene definido que, conforme lo diseñado por la Ley 906 de 2004, la terminación anticipada del proceso por el camino del allanamiento a cargos operado en la audiencia de formulación de imputación, implica, ni más ni menos, renunciar al trámite ordinario y, particularmente a todo lo que apareja la fase del juicio, representada por las audiencias de formulación de acusación, preparatoria y de juicio oral (...).*
> *Cuando la persona ha aceptado cargos en la audiencia de formulación de imputación, de inmediato el trámite ordinario del asunto cesa y es convocado el juez de conocimiento con el fin exclusivo de individualizar la pena y dictar el fallo.*
> *No es que, cual postula el demandante en casación, el Fiscal deba formular nueva acusación en una audiencia formalizada bajo la égida de lo consagrado en el artículo 339 del C.P., simplemente porque este trámite, en toda su extensión, está instituido exclusivamente para los casos ordinarios en los que se pretende convocar a juicio a la persona. (...)*
> *Huelga anotar, por la precisión del texto, que lo buscado es eliminar la actuación formalizada contemplada en el artículo 339 ibídem, para que el juez de conocimiento proceda de inmediato a diligenciar la audiencia de individualización de pena y sentencia que, como su nombre lo indica, nada tiene que ver con la acusación o su formalización."* [10]

Ahora bien, la Sala conoce que el proceso penal ordinario está prolijamente desarrollado por el Código de Procedimiento Penal, pero es precaria la regulación que se hace del abreviado, ya que en un solo artículo, el 293 de la Ley 906 de 2004 se regula todo lo relativo a su trámite, cosa extraña por parte del legislador, si en cuenta se tiene que el nuevo sistema de enjuiciamiento penal nació bajo la consigna de que el grueso de los asuntos penales se tramitarán por vía del proceso simplificado.

En efecto, mientras en el proceso penal ordinario, en la audiencia de acusación se ventilan temas de incompetencia, inhabilidades, recusaciones y nulidades, en el rito simplificado no hay tal segmento procesal, puesto que del allanamiento a la imputación se sigue la audiencia de individualización de pena y lectura de sentencia, y es allí donde justamente notamos la deficiente regulación legislativa al proceso penal abreviado; mas, hay que precisarlo,

[9] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, providencia SP 40053 radicado 33409 del 13 de febrero de 2012.
[10] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, providencia AP 819-2014 radicado 43171 del 26 de febrero de 2014.

tal actitud legislativa no quiere decir que en desarrollo de este rito abreviado los referidos temas no puedan ser tratados, según con claridad se desprende del siguiente precedente:

> *"(…) si se entiende, como lo consagra la ley, que el acta del allanamiento representa materialmente la acusación, es necesario colegir que la audiencia destinada por la ley a la individualización de pena y sentencia ha de desarrollarse compleja para que el juez, previo a adelantar esa tarea de dosificación de la sanción y formalización de la condena, realice la necesaria labor de depuración –que en la confrontación material realizada por la Corte remite a una de las etapas o estadios de la audiencia de formulación de acusación- en aras de escuchar lo que las partes tengan que manifestar al respecto, y resolverlo, o adelantar de oficio el compromiso invalidante que surge de advertir violadas garantías fundamentales."* [11]

Se precisó atrás que es un tema de nulidad lo concerniente a la aceptación de cargos viciada en el consentimiento o afectada por el desconocimiento de las garantías fundamentales, de manera que el espacio para alegar tal motivo de invalidación sí tiene escenario propio en el proceso penal simplificado, y lo es en la audiencia de individualización de pena, como así lo tiene concebido la jurisprudencia:

> *"(…) si de lo que se trata es de dar plena operatividad material al parágrafo del artículo 293 de la Ley 906 de 2004, el juez de conocimiento, al momento de adelantar la audiencia de individualización de pena y sentencia, debe permitir que el imputado o su defensor, si así lo alegan allí o presentan previamente escrito en dicho sentido, accedan a la posibilidad de anular la aceptación de responsabilidad penal, para lo cual, además, ha de abrir un espacio previo a su pronunciamiento de fondo, en el cual se discuta el tópico y, más importante aún, el imputado y su defensor efectivamente prueben que lo aducido sucedió, pues, expresamente la norma demanda del postulante demostrar que el vicio o la violación sucedieron."* [12]

Ahora, expuesto lo anterior surge para el Tribunal varios interrogantes, necesarios dilucidar en procura de una definición jurídicamente correcta a la tensión surgida en este asunto; una primera inquietud amerita plantearse así: ¿constituye trasgresión al debido proceso en aspectos sustanciales y por ende motivo de nulidad, que el juez de conocimiento le imprima al proceso penal abreviado lo dispuesto en el artículo 339 del Código de Procedimiento Penal y que además celebre la artificiosa audiencia de verificación del allanamiento a la imputación, en la cual no hubo procedente retractación al allanamiento?

Para decantar si hay afectación al debido proceso en aspectos sustanciales es imperioso el estudio del principio de trascendencia, entendiendo lo sustancial, como lo define el Diccionario de la Real Academia de la Lengua española, de conformidad con el cual equivale a *"lo importante o esencial";* de eso se ocupa tal principio, según explicación de la Corte Suprema de Justicia:

> ***"Principio de trascendencia:*** *Quien solicita la declaratoria de nulidad tiene el indeclinable deber de demostrar no sólo la ocurrencia de la incorrección denunciada, sino que ésta afecta de manera real y cierta las garantías de los sujetos procesales o socava las bases fundamentales del proceso."*

Consideramos que aplicar dentro del trámite abreviado las previsiones del artículo 339 del Código de Procedimiento Penal y celebrar la audiencia de verificación de allanamiento a la imputación, en la cual no hubo retractación simple, sin lugar a dudas representa una irregularidad procesal, dado que ello, según lo advertido atrás, no es propio de este tipo de procesos; sin embargo, queda por verificar si esos yerros tienen una entidad superior, es decir, si se trata de una afectación al debido proceso en aspectos sustanciales, y muy pronto surge una respuesta negativa, porque esas anomalías no repercuten en una sentencia más gravosa ni impiden que se produzca el fallo; y si bien el decurso de la actuación sin duda se dilata innecesariamente con esas artificiosas audiencias, no hay en principio un desconocimiento de derechos y garantías de las partes e intervinientes.

[11] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, providencia SP 40053 radicado 33409 del 13 de febrero de 2012.
[12] Ibídem.

La Corte Suprema de Justicia es de ese pensar cuando afirma que *"no puede dejar de mencionarse la forma en que la Fiscalía y el juzgado de conocimiento asumieron el trámite del allanamiento a cargos, en reiteración innecesaria de la diligencia y a partir de una especie de escenario propio de la audiencia de formulación de acusación. Empero, ello no fue trascendente, como quiera que, finalmente, el proceso culminó en instancia con la emisión del fallo por el delito aceptado."*[13]

La historia revelada en la presente actuación informa entonces que en este asunto hay doble irregularidad en la actuación del a quo, primero, al darle el trámite de la audiencia del artículo 339 mentado que es propio de la senda procesal ordinaria, y segundo, por celebrar la inexistente audiencia de verificación de allanamiento a la imputación; pero ya se dijo, carecen de trascendencia esos defectos, por lo que queda por ello descartada la nulidad, pues las irregularidades procesales detectadas no lastiman al debido proceso en aspectos sustanciales.

El artículo 29 de la Constitución Política y el precepto 6º del Código de Procedimiento Penal imponen el respeto a las *"formas propias de cada juicio"*, y el juez como director del proceso es el responsable de velar porque así sea; es por eso que el Tribunal invita al Juzgado Primero Penal Municipal con Función de Conocimiento de Ipiales, como así lo viene haciendo en casos similares, a guardar reverencia al decurso que legal y jurisprudencialmente tiene establecido el rito penal abreviado, evitando la celebración de esta dilatoria clase audiencias.

Empero, al margen de lo antedicho, en este caso aflora la ocurrencia de una circunstancia particular que obliga a ser examinada en detalle. Sucede que el Juez de conocimiento decidió no solamente celebrar la innecesaria audiencia de verificación de allanamiento a cargos, sino que hizo uso de esos escenarios para hacerle control material a la imputación que otrora realizó la Fiscalía, y más allá, la anuló de oficio al considerar que aquella trasgrede el principio de legalidad penal, pues, en su concepto, los hechos enrostrados al procesado no se ajustan a los cargos que endilgó el ente instructor, sino a las lesiones personales del *"inciso 2º del artículo 114 del Código Penal"*.

Ya sabemos que al inicio de la audiencia de individualización de pena y sentencia pueden ser tratados temas de nulidad, por lo que corresponde a la Sala elucidar si puede existir esa clase de invalidez en el proceso penal colombiano, si el juez de la causa se halla habilitado para efectuar control material a las imputaciones que, como bien se sabe hacen las veces de acusación, y si al otear una respuesta que niegue tal potestad funcional, que lo haya hecho representa una agresión al debido proceso en aspectos sustanciales.

El estado de arte actual de la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia sobre el asunto, enseña que:

> *"En atención de la estricta separación de las funciones de acusación y juzgamiento, así como de la garantía de imparcialidad judicial, el legislador no previó la posibilidad de que el juez efectúe un control material sobre la acusación. En un esquema adversarial, donde la Fiscalía ostenta la calidad de parte que presenta una hipótesis incriminatoria, al juez le está vedado examinar tanto los fundamentos probatorios que sustentan la acusación como la corrección sustancial de la imputación jurídica (adecuación típica). De permitirse una tal supervisión judicial, la estructura acusatoria se vería quebrantada, en la medida en que el juez asumiría el rol de parte, al promover una particular "teoría del caso" (CSJ SP 16 jul. 2014, rad. 40.871). De igual modo resultaría afectada la imparcialidad exigible a quien únicamente tiene que juzgar el asunto, según los planteamientos del acusador. Solo a la Fiscalía compete la determinación del nomen iuris de la imputación (CSJ SP 6 feb. 2013, rad. 39.892)."* [14]

Implica, pues, que en la sistemática acusatoria al funcionario juzgador, en principio y salvo casos de extrema excepcionalidad, no le es permitido adelantar un control material del allanamiento al pliego de cargos, por consiguiente, tampoco puede invalidar las imputaciones y acusaciones que formule la Fiscalía, porque en el modelo adversativo de investigación y juzgamiento penal le obliga a ejercer un rol de absoluta e inexcusable imparcialidad.

[13] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, providencia AP 819-2014 radicado 43171 del 26 de febrero de 2014.
[14] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, providencia SP 8666-2017 radicado 47630 del 14 de junio de 2017.

Es pues el ente instructor el que está dotado, como titular de la acción penal y siendo conocedor del plenario investigativo, de la facultad exclusiva y excluyente de formular la imputación y la acusación, sin injerencia alguna. Dicho de manera conclusiva, una intervención judicial anulando el encuadramiento típico derruye las bases mismas del proceso penal colombiano y aflige severamente la imparcialidad judicial.

Si bien el lenguaje empleado por la Sala hasta aquí es eminentemente procesalista, al resaltar la dinámica de roles del proceso penal, señalando qué puede y qué no hacer cada sujeto procesal, ello no significa que la cuestión tratada se reduzca exclusivamente de esa rama del derecho, sino que trasciende tal ámbito y llega a hundir raíces profundas en los terrenos constitucionales, sobre los cuales hará énfasis la Corporación.

El rasgo esencial de nuestro proceso penal adversarial es la separación de la función acusadora de la juzgadora, y con esa marcada y nítida escisión se pretende optimizar la imparcialidad del funcionario judicial que desata la controversia de las partes, ya que es totalmente ajeno a la actividad investigativa, no participó en ella, por ende, no está sesgado, como lo estaría quien a la vez funge como parte persecutora y juez, en el sentido de inclinarse fortísimamente a confirmar como sentenciador su tesis incriminatoria de parte; de ahí que la división de roles permite que al solucionar el caso por quien se le encargó exclusivamente tan loable y difícil función, lo haga con absoluta imparcialidad, valorando objetivamente las pruebas y los argumentos de las partes, además, la defensa no tendría prevención alguna de un juez que es ajeno a la averiguación penal, como sí lo estaría si quien dirime la causa es el mismo que adelantó la investigación.

Entonces, el proceso penal acusatorio logra materializar la imparcialidad judicial de mejor manera a como lo hacen otros sistemas de enjuiciamiento criminal, y como con el Acto Legislativo 03 de 2002 se implementó aquí aquel modelo acusatorio, significa que el país se puso a tono con los estándares de imparcialidad exigidos desde el derecho internacional de los derechos humanos, tal como lo pregona la Corte Constitucional en sentencia C-591 de 2005, al sostener que al *"instituir una clara distinción entre los funcionarios encargados de investigar, acusar y juzgar, con el propósito de que el sistema procesal penal se ajustase a los estándares internacionales en materia de imparcialidad de los jueces, en especial, el artículo 8 del Pacto de San José de Costa Rica"*. Fíjese, entonces, como este tema rebasa lo procesal dado que se vincula a temas constitucionales, más precisamente, son asuntos propios de los derechos humanos.

El texto de la Constitución Política no alude expresamente al principio de imparcialidad, aunque se lo ha entendido como parte implícita del debido proceso, y solo lacónicamente se refiere a él la Ley Estatutaria de Administración de Justicia en su artículo 153.3, empero, este principio sí ha tenido consagración expresa y además interesantes desarrollos hermenéuticos en el derecho internacional de los derechos humanos.

En efecto, la imparcialidad se erige en una garantía judicial según el artículo 8.1 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, que fue ratificada por Colombia mediante Ley 16 de 1972, y por consiguiente, hace parte del Bloque de Constitucionalidad, en aplicación de los artículos 93 y 94 de la Carta Política.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, interprete autorizado de dicha Convención, en el caso Malary versus Haití, sobre esa garantía judicial, secundando los desarrollos que al punto ha efectuado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos a partir del caso Delcourt versus Bélgica, ha sostenido que la imparcialidad presenta dos dimensiones, subjetiva la una, objetiva la otra.

La primera dimensión citada refiere a que el juzgador es imparcial si internamente, en su ser, en su psiquis, no está inclinado a favorecer ilegítimamente a una de las partes; para su garantía se han dispuesto las figuras procesales de impedimentos y recusaciones.

En este caso no se cuenta con información alguna acerca de que el Juzgador de primer nivel tenga comprometida su imparcialidad subjetiva, al punto que no se plantearon impedimentos ni se propusieron recusaciones.

La segunda dimensión atañe a que el juez no solo internamente debe fallar con sindéresis, sino que debe en estrados dar sensaciones o impresiones de imparcialidad, porque, de lo contrario, se afea la imagen de la administración de justicia y se erosiona la confianza ciudadana en sus cortes de justicia, lo que es ominoso porque las controversias de todo tipo no se llevarán a la justicia oficial porque de ella se descree, sino que se dirimirán por

la mano propia, con lo cual se deslegitima el Estado como propulsor del orden justo y de la convivencia pacífica.

La doctrina sintetiza así la faceta objetiva de la imparcialidad: *"Las apariencias son importantes para valorar si un Tribunal es imparcial. No sólo debe hacerse justicia, sino parecer que se hace, con el fin de salvaguardar la confianza de los justiciables en los órganos judiciales."* [15]

La Corte Constitucional, en sentencia C-496 de 2016, replica esas consideraciones al decir que "*Con relación al aspecto objetivo de la imparcialidad, la CIDH considera que exige que el Tribunal o juez ofrezca las suficientes garantías que eliminen cualquier duda acerca de la imparcialidad observada en el proceso.*"

La opinión valiosa del jurista Rodrigo Uprimny Yépez sobre el respecto es que *"la jurisprudencia de los mejores tribunales ha señalado que el juez no sólo debe ser imparcial, sino que debe parecerlo a los justiciables pues de esas apariencias depende también la legitimidad de la justicia. De allí la distinción entre la afectación subjetiva de la imparcialidad, que es cuando se logra probar que el juez actuó sesgadamente, y su afectación objetiva, que es cuando concurre en el juez una circunstancia que haría dudar de su imparcialidad, por más de que actúe imparcialmente."*[16]

Atrás se mencionó que la Convención Interamericana de Derechos Humanos dispone que la imparcialidad es una garantía judicial, y bajo ese entendido nominal, la Sala acude a la obra culmen de Luigi Ferrajoli, el jurista que a nivel de nuestra cultura jurídica occidental ha desarrollado con mejor prolijidad el tema del garantismo penal, al expresar que la imparcialidad es una "garantía orgánica" del proceso penal que implica que *"El juez, (…) debe contar, sin embargo, con la confianza de los sujetos concretos que juzga, de modo que estos no solo tengan, sino ni siquiera alberguen, el temor de llegar a tener un juez enemigo o de cualquier modo no imparcial. (…) Para garantizar la imparcialidad del juez es necesario que éste no tenga en la causa ni siquiera un interés público o institucional. En particular, es necesario que no tenga un interés acusatorio"*.[17] Tal teorización con nitidez nos remite, de una parte, al principio acusatorio como la mejor garantía de la imparcialidad, y de otra, a la dimensión objetiva de éste.

Las mentadas referencias jurisprudenciales y doctrinarias son suficientes para entender desde el Bloque de constitucionalidad el concepto de imparcialidad objetiva y su definición como garantía judicial; además ha permitido cumplir la promesa de señalar que este tema a más de procesal es constitucional, y ahora ponemos todo esto al servicio del caso en concreto, para determinar si se aflige la imparcialidad judicial.

Así, pues, tenemos que el a quo actuó erradamente al decretar la nulidad de la imputación que formuló la Fiscalía ante el juez de control de garantías, a la cual el procesado se allanó; consideró la primera instancia que se trasgrede el principio de estricta tipicidad penal, dado que el concepto de Medicina Legal en que se basó la imputación írrita, no arroja que los hechos se subsuman al delito de lesiones personales previsto en los artículos 111 y 113 del Código Penal que fue lo inicialmente enrostrado, sino que tal concepto oficial arroja que el punible a imputar es el previsto en el *"inciso 2º del artículo 114 del Código Penal"*, asumiendo con ello su propia teoría incriminatoria del caso, con lo que, según lo que viene exponiéndose, se baldona la imparcialidad propia del principio acusatorio, y con esto se acreditan los principios de *taxatividad y trascendencia*.

Llama la atención de la Sala que una vez anulada la imputación, en la artificiosa audiencia de verificación del allanamiento a la imputación, considerándose habilitada a instancia de la Judicatura, la Fiscalía reformuló los cargos, pero no en el sentido concebido por el Juzgador, sino incriminando al procesado HFOR como autor doloso de las lesiones personales previstas en los artículos 111, 113, 114 y 116 del Código Penal, que punitivamente son más gravosas que las que increpó en la primera imputación y las que incluso sugirió el juez.

Tal censurable actuación del Funcionario judicial corresponde al prurito de imponer su propia opinión en un tema vedado para él, en tanto avocó sin más las funciones que por antonomasia, tal como se viene pregonando, son del resorte exclusivo de la Fiscalía, arrasando así contra la imparcialidad que como rasgo esencial del sistema le asistía y llevándose de calle en consecuencia las bases esenciales del proceso.

---

[15] Artículo jurídico denominado: *"La independencia, imparcialidad y conflicto de interés del árbitro",* disponible en: http://www.corteidh.or.cr/tablas/r24246.pdf

[16] Columna de opinión denominada: *"La imparcialidad judicial",* disponible en: https://www.dejusticia.org/column/imparcialidad-judicial/

[17] Derecho y Razón, Teoría del Garantismo Penal, Editorial Trotta, páginas 581 y 582.

El desenlace es que al arrogarse el juez, en este caso, funciones propias de la acusación al emitir su propia calificación penal de los hechos, sembró incertidumbre de su imparcialidad judicial en lo que toca a la dimensión objetiva, y en el ambiente de estrados quedó el mensaje de que el compromiso judicial no es con un juzgamiento ecuánime del asunto sino que tiende a favorecer la causa de la Fiscalía y de la víctimas, en desmedro del procesado, cuando el sistema de enjuiciamiento acusatorio le impone inexorablemente neutralidad respecto al rol funcional de las partes, limitándose a decidir en cuanto a las pretensiones que le eleven, sin injerir en los ámbitos competenciales de las partes, le es dable, entonces, el respeto total por la calificación jurídica del ente persecutor; de lo contrario pareciere que no solamente juzga sino también persigue al procesado, con lo cual afectó severamente la dimensión objetiva de la imparcialidad; por eso el vicio es trascendente desde lo procesal y lo constitucional, ya que socava la estructura adversarial del proceso penal, es decir, por afectar el debido proceso en aspectos sustanciales, que corresponde a la causal de nulidad del artículo 457 del Código de Procedimiento Penal, lo que de suyo atisba la taxatividad.

Comoquiera que según lo que viene de verse, va abriéndose paso la nulidad en estudio, se tomarán entonces al final las medidas adecuadas para restañar la afectada dimensión objetiva de la imparcialidad judicial.

Otro aspecto de relieve constitucional que quiere ventilar la Sala es el relacionado con la confianza legítima que tiene el procesado en que la tridivisión de roles del sistema penal acusatorio se mantenga incólume, para así, con ese convencimiento, tomar las decisiones que estime adecuadas en punto de allanamiento a cargos. Nos explicamos:

La confianza legítima es una institución constitucional elaborada a partir de la buena fe y de la seguridad jurídica, propia del Estado de Derecho (la Sala advierte que con la fórmula inmediatamente anterior no desconoce el cariz social del estamento, sino que quiere resaltar, para este caso, que al ser Estado de Derecho, está regido por la ley y la Constitución, sin desconocer, insístase, que Colombia es un Estado social); consiste, según definición de Edward Colman, en *"un sistema de defensa en manos de los ciudadanos ante actuaciones súbitas, impredecibles o sin cautelas suficientes de los distintos Poderes Públicos (Administrativo, Legislativo y Judicial) con el objeto de proteger, en los casos que así lo merezcan, la confianza depositada por aquellos en la estabilidad de la conducta de estos"* [18].

Al contrario de lo que pregonan algunas posturas, la confianza legítima sí tiene aplicación en lo judicial, tal como lo confirma la Corte Constitucional en sentencia C-131 de 2004, en donde aludió a que dicha institución "no se limita al espectro de las relaciones entre administración y administrado, sino que irradia a la actividad judicial"; y en la providencia C-836 de 2001, en la cual manifestó que *"El derecho a la administración de justicia implica la garantía de la confianza legítima en la actividad del Estado como administrador de justicia. (...) Comprende además la protección de las expectativas legítimas de las personas de que la interpretación y aplicación de la ley por parte de los jueces va a ser razonable, consistente y uniforme."*

Para el doctrinante Gabriel Hernández Valbuena *"las reglas contenidas en las normas constitucionales, las leyes aprobadas por el Congreso, la jurisprudencia, (...) los precedentes judiciales, (...) etc., pueden llegar a explicar y justificar el surgimiento de la confianza, en tanto y en cuanto todos ellos constituyen los principales medios de expresión de la voluntad estatal."* [19]

Siguiendo lo anterior, tenemos que el sistema de enjuiciamiento criminal acusatorio, que viene diseñado desde el Acto Legislativo 03 de 2002, proscribe al juez inmiscuirse en la adjudicación de cargos penales que haga la Fiscalía, norma superior afianzada por la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia de la cual ya se aludió en líneas anteriores, entonces, la norma constitucional y los precedentes generan confianza legítima en el procesado de que si se allana a una imputación de cargos hecha por el ente oficial acusador, el juez no se entrometerá a variar esos cargos penales, y si lo hace, de manera abrupta ello va en contravía de la confianza legítima de la persona sub judice, consistente en que no habrá en ese punto intervención judicial.

[18] Definición tomada del libro *"Alteración de la confianza legítima por cambio jurisprudencial"* de los autores Adriana Giraldo Molano y Carlos Fernando Rodríguez Rojas, UniAacademia, Editorial Leyer, página 25.
[19] Tomado del ya citado libro *"Alteración de la confianza legítima por cambio jurisprudencial",* página 54.

Ese allanamiento a los cargos adjudicados por el ente instructor no corresponde a un derecho adquirido, porque sí puede ser revertida la aceptación de cargos en eventuales casos de afectación a garantías fundamentales.

En conclusión, la conducta reprochada al a quo reviste también afectación trascendente desde la óptica constitucional de la *confianza legítima,* confianza predicable y aplicable al interior del proceso penal; diría la Sala que tal confianza hace parte del debido proceso sustancial, en tanto la intervención judicial en la calificación de los cargos penales rompió la expectativa del procesado que deviene del principio acusatorio y de la alta jurisprudencia penal de que el juez no tendrá roles acusatorios, que respetará la imputación de la Fiscalía, de manera que lo protege la confianza legítima, y por ello no se puede permitir ni avalar ese intervencionismo judicial, claro, siempre que se llenen los demás principios que rigen las nulidades.

> ***"Principio de convalidación:*** *La irregularidad que engendra el vicio puede ser convalidada de manera expresa o tácita por el sujeto procesal perjudicado, siempre que no se violen sus garantías fundamentales.*"

Conviene recordar que el Juez de conocimiento en la censurada audiencia de verificación del allanamiento a cargos, anuló la primera imputación y el allanamiento a la misma; enseguida brindó a la Fiscalía la oportunidad de impugnar esa determinación, pero el delegado del ente investigativo se halló conforme con ella, por lo que no la atacó; después le ofreció a la defensa la oportunidad de confutar lo decidido y fue allí cuando el profesional del derecho que asiste al procesado pidió un receso para asimilar el fallo de anulación, y al reiniciarse el acto, el director del proceso ya no le permitió la oportunidad impugnativa a esa parte, sino que justificó como viable realizar la nueva imputación en la vista pública en que se encontraban, y así se hizo.

Obsérvese que el abogado defensor se vio despojado de la oportunidad de impugnar la decisión, desdeñándose con ello el principio de igualdad entre las partes, en lo que se erige en afectación grave al derecho a la defensa. Con todo, cabe preguntar: ¿que el abogado defensor no haya protestado por esto equivale a convalidación de la irregularidad que venimos estudiando, al entenderse que consintió en lo decidido?; pero además, luego de memorar lo acaecido en la mentada audiencia, ¿que el procesado se haya allanado a los nuevos cargos, previo asesoramiento de su defensor, significa asimismo convalidación de las irregularidades que hemos destacado atrás?

El acontecer procesal nos indica que la audiencia de individualización de pena y sentencia no se hizo concentradamente con la de verificación del allanamiento a cargos, sino en fecha posterior. Ya en esta diligencia, de entrada, el defensor técnico impetró la nulidad de la invalidación de la primera imputación, la cual le fue despachada en disfavor tanto por el Juez ahora impugnado como por el que resolvió la segunda instancia, que fue el titular del Juzgado Primero Penal del Circuito de Ipiales; se cuestiona si ¿tal oposición del letrado jurídico implica que no se convalidaron las irregularidades procesales?

Aunque los dos primeros interrogantes eventualmente podrían ser resueltos afirmativamente, en el sentido de decir que la defensa sí convalidó que la Judicatura haya perdido su imparcialidad y que desbarajuste las bases esenciales del proceso penal adversarial, la Sala, con los procesalistas Beatriz Quintero y Eugenio Prieto, tiene que señalar que la convalidación *"solo resulta válida para las nulidades relativas cuya reclamación se confía a las partes como cargas, porque la vigilancia de la forma imperativa se confía la juez (…)*."[20]

Si por vigilancia de la forma imperativa se entiende la indemnidad de la estructura básica del proceso penal abreviado, la que ya demostramos está afectada severamente, tal irregularidad no puede ser convalidada por la defensa que es la perjudicada aquí por tal anomalía, dado que la vigencia de la forma imperativa corresponde cuidarla al juez, no a las partes.

El contenido del principio *in examen* dice que la anomalía procesal puede ser convalidable por el perjudicado, *salvo que viole garantías fundamentales*, y a no dudarlo que el debido proceso en aspectos sustanciales constituye una prerrogativa de esa estirpe, surgiendo así un argumento más de peso que impide argüir la ocurrencia en este caso de la convalidación.

[20] TEORÍA GENERAL DEL PROCESO, Editorial Temis, Bogotá, 2000, ISBN 958-35-03300-2, página 483.

De no aceptarse la tesis sostenida precedentemente, no faltará que se afirme que la defensa convalidó el acto judicial irregular con el no reclamo por la sustracción de la oportunidad impugnativa y por el allanamiento a los segundos cargos imputados, y que, si bien se atacó la nulidad de la primera imputación, ello se hizo demasiado tarde, pues para entonces el procesado se allanó a los segundos cargos, decisión que se torna irreversible.

No es bienvenida esa hipótesis, porque si aceptamos que existe falta de defensa técnica al permitir esa irregular actuación, que a no dudarlo culminó en desmedro del procesado, pues será condenado por un delito con mayor punibilidad; ya la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha definido que en eventos así no opera la convalidación:

> *"(…) el derecho de defensa constituye la excepción al principio de convalidación de actos irregulares. En caso de vulneración del derecho de defensa no opera la convalidación, de modo que para subsanar la vulneración de esa garantía superior se impone invalidar todo lo actuado."* [21]

> ***"Principio de instrumentalidad de las formas:*** *No procede la invalidación cuando el acto tachado de irregular ha cumplido el propósito para el cual estaba destinado, siempre que no se viole el derecho de defensa."*

Ya vimos cómo el fin manifiesto de las referidas artificiosas audiencias a las que convocó la primera instancia fue efectuar, como así en efecto lo hizo, control material a la imputación, cumpliéndose material y jurídicamente ese propósito.

Sin embargo, el principio de instrumentalidad de las formas se refiere a que el acto irregular, empece estar viciado, aun así cumple los propósitos legítimos del derecho penal y procesal penal; pero sucede que el control material mentado no puede catalogarse como un fin legítimo del proceso, sino como uno ilegítimo, porque es extraño al rito abreviado ese control material; por ello es que podemos sostener sin vacilaciones que las irregularidades no cumplieron ni poseyeron la entidad jurídica de alcanzar los propósitos verdaderos y ciertos de la actuación procesal en este caso.

> ***"Principio de protección:*** *El sujeto procesal que haya dado lugar al motivo de anulación no puede plantearlo en su beneficio, salvo cuando se trate del quebranto del derecho de defensa técnica."*

No puede predicarse que el procesado haya causado las irregularidades comentadas, en la medida en que estas son atribuibles, como se viene pregonando, al Juez de conocimiento; tampoco es dable decir que el acusado se ha beneficiado de las irregularidades, al contrario, van en su contra, pues la primera instancia lo condenó por unas lesiones personales con mayor punibilidad a las cuales inicialmente se acogió.

> ***"Principio de acreditación:*** *Quien alega la configuración de un motivo invalidatorio, está llamado a especificar la causal que invoca y a plantear los fundamentos de hecho y de derecho en los que se apoya."*

Es el Tribunal el que oficiosamente planteó la existencia de unos vicios con aptitud anuladora, por ende, a esta Corporación le corresponde afincar sus razonamientos en una causal de nulidad, como ya se hizo al invocarse el artículo 457 del Código de Procedimiento Penal; también le concierne fundamentar y explicar sus motivos, tal cual se está haciendo. Finalmente,

> ***"Principio de residualidad:*** *Compete al peticionario acreditar que la única forma de enmendar el agravio es la declaratoria de nulidad."*

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en relación con este principio, ha desarrollado el llamado argumento consecuencialista[22], de conformidad con el cual, si la irregularidad que trasgrede el derecho

[21] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, radicado 27283 del 1 de agosto de 2007.
[22] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia proceso 31280 del 8 de julio de 2009.

de defensa o el debido proceso en aspectos sustanciales, como en este caso, puede ser enmendada o corregida al adecuar la sentencia a la legalidad; esa decisión se prefiere a la nulidad, ya que esta es la última y más extrema medida a la que acude el juez y conlleva desgaste procesal legítimo al retrotraerse el proceso hasta donde hay sanidad del mismo.

Al hilo de ese planteamiento, para soslayar la nulidad aquí avizorada, bien podría la Sala dictar fallo de reemplazo, tornando inválidas las colosales irregularidades detectadas, es decir, que se tendría por nulo lo actuado por el juzgador de primer grado, de modo que al Tribunal le ocuparía expedir una nueva sentencia teniendo como marco de referencia el allanamiento a la primera imputación que cobraría nuevamente vigencia, por lo que el principio de congruencia se cumpliría si en el fallo de remplazo se condena al procesado por lo cargos a los que se allanó en primigenia ocasión ante el juez de garantías.

Significa esto que la Corporación verificaría que se cumpla el estándar probatorio para condenar al procesado HFOR como autor doloso de las lesiones personales contempladas en los artículos 111 y 113 del Código Penal; también dosificaría la pena y se pronunciaría sobre los subrogados penales.

Pero es lo cierto que esa solución deviene jurídicamente inviable, porque si bien con ello se restablece el debido proceso mancillado, con el beneficio de que no habría el desgaste procesal propio de una nulidad; mas, el correlato desafortunado es que con esa actitud judicial la Fiscalía perdería el derecho fundamental a impugnar la providencia, que es totalmente nueva, lo que hace incierto conocer si estará de acuerdo o no con la misma; incluso, el propio procesado se vería afectado en el mismo derecho, ya que la Sala desconoce si estará, verbigracia, inconforme con la dosificación penal y con las decisiones que se tomen en cuanto a subrogados penales.

Se trata entonces de buscar una decisión que logre restañar el debido proceso sustancial agredido, pero que a la par garantice el derecho a la segunda instancia por vía de la apelación, y no de congraciar unos derechos con el sacrificio de otros. A eso invita el principio de armonización concreta contentivo en el artículo 2º Constitucional, que pregona que el Estado debe garantizar la efectividad de todos los derechos constitucionales y no solamente la vigencia de unos a costa de otros:

> *"El ejercicio de los derechos plantea conflictos cuya solución hace necesaria la armonización concreta de las normas constitucionales enfrentadas. El principio de armonización concreta impide que se busque la efectividad de un derecho mediante el sacrificio o restricción de otro. De conformidad con este principio, el intérprete debe resolver las colisiones entre bienes jurídicos, de forma que se maximice la efectividad de cada uno de ellos. La colisión de derechos no debe, por lo tanto, resolverse mediante una ponderación superficial o una prelación abstracta de uno de los bienes jurídicos en conflicto. Esta ponderación exige tener en cuenta los diversos bienes e intereses en juego y propender su armonización en la situación concreta, como momento previo y necesario a cualquier jerarquización o prevalencia de una norma constitucional sobre otra."* [23]

La nulidad es la única solución que armoniza el restablecimiento del debido proceso en aspectos sustanciales con el derecho de las partes a impugnar la sentencia y así acceder a la segunda instancia. En efecto, al invalidar todo lo actuado por el Juez de conocimiento, se le ordenará a este que rehaga el proceso convocando a audiencia de individualización de pena y lectura de sentencia, y que al momento de expedir su fallo respete plenamente el principio de congruencia, bajo el entendido que, en caso de condena, esta lo sea por los cargos a los que se allanó el procesado en la audiencia de formulación de imputación, sin posibilidad ninguna de control material de dicha imputación que hace las veces de acusación, y así, de esta forma, se restaura el debido proceso en aspectos sustanciales; y como el Juez de primera instancia producirá su sentencia, contra esta las partes pueden ejercer el derecho a impugnar. Así pues, nulidad es la decisión que aquí asume el Tribunal.

Con esa solución se desagravia la dimensión objetiva de la imparcialidad judicial, que fue la promesa pendiente de la Sala al abordar atrás este tema, pues las sensaciones que dio el Juez censurado de romper su ecuanimidad al

[23] Corte Constitucional, sentencia T-425 de 1995.

virar, sin que se lo permita la sistemática procesal, en favor de los intereses de la Fiscalía y de las víctimas en contra del procesado, queda neutralizado con la nulidad decretada, en la cual se impone a dicho Funcionario retomar el sendero de la imparcialidad, respetando cabalmente la primera imputación, sin posibilidad de intervención judicial de la misma; con ello queda el a quo concernido a ser objetivo y neutral, como lo exige su rol, recuperando así la confianza de las partes, intervinientes y de la sociedad en que las actuaciones judiciales son ciertamente imparciales.

Decisión

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, en Sala de Decisión Penal,

Resuelve

Primero.- Anular el proceso penal a partir de la audiencia innominada de verificación de allanamiento a la imputación, inclusive.

Segundo.- Ordenar al Juez de primera instancia que rehaga el proceso convocando a audiencia de individualización de pena y lectura de sentencia, y que al momento de expedir su fallo respete plenamente el principio de congruencia, bajo el entendido que, en caso de condena, esta lo sea por los cargos a los que se allanó el procesado en la audiencia de formulación de imputación, sin posibilidad ninguna de control material de dicha imputación que hace las veces de acusación.

Se notifica en estrados y se hace saber que contra esta decisión no procede ningún recurso impugnativo.

Cópiese y cúmplase,

FRANCO SOLARTE PORTILLA
Magistrado

BLANCA LIDIA ARELLANO MORENO
Magistrada

SILVIO CASTRILLÓN PAZ
Magistrado

MIGUEL ÁNGEL SÁNCHEZ ACOSTA
Secretario

DOSIFICACIÓN PUNITIVA – PROCEDIMIENTO: Determinaciones de tipo cuantitativo y cualitativo.
DOSIFICACIÓN PUNITIVA – PROCEDIMIENTO: Criterios para la Ubicación en los Cuartos de Movilidad y de Individualización de la Pena.
DOSIFICACIÓN PUNITIVA: No porque existan circunstancias de menor punibilidad ello conlleva inexorablemente a la imposición de la pena en su expresión mínima, es factible fijar un monto superior siempre que converjan las exigencias de ley.

Los pasos adelantados a efecto de la fijación de la pena en concreto, se realizaron con observancia del principio de legalidad, estableciéndose que las circunstancias de menor y mayor punibilidad no son criterios para disminuir o incrementar la sanción, sino para la determinación del ámbito punitivo de movilidad, y de darse una de las primeras –carencia de antecedentes penales-, no implica que se deba partir del extremo inferior del cuarto punitivo mínimo; pudiendo el juez, conforme el sistema de cuartos y dentro del poder de discrecionalidad reglada que le asiste, ubicarse dentro del rango correspondiente al cuarto escogido y de acuerdo con los criterios de ponderación de la pena, tales como la gravedad de la conducta punible y la intensidad del injusto, graduar la sanción definitiva, reglas que fueron aplicadas en el presente caso. Sin embargo, se advierte que el incremento del rango punitivo establecido para alejarse del extremo inferior del cuarto mínimo para individualizar la sanción no fue razonado, en tanto no todos los motivos que tuvo en cuenta el sentenciador se encuentran respaldados por elementos probatorios, correspondiendo realizar la corrección frente a la tasación de la pena. Además se considera acorde la rebaja punitiva otorgada al haberse presentado allanamiento a cargos en la Audiencia de Formulación de Imputación, lo cual contó con el visto bueno de la Judicatura, por lo cual no cabría retractación alguna.

SUSPENSIÓN CONDICIONAL DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA – Requisitos.
SUSPENSIÓN CONDICIONAL DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA – Aplicación del Principio de Favorabilidad.
SUSPENSIÓN CONDICIONAL DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA - RECEPTACIÓN DE HIDROCARBUROS – No figura dentro de la lista de delitos excluidos.

No habría lugar a conceder el mencionado subrogado con fundamento en el originario art. 63 del Código Penal -Ley 599 del 2000-, en tanto no se cumple con el requisito objetivo; sin embargo atendiendo al Principio de Favorabilidad, es procedente su concesión al dar aplicación a la reforma establecida por la ley 1709 de 2014, al satisfacerse tal presupuesto y dado que no existen sustentos jurídicamente atendibles que permitan considerar que el delito por el cual se procede se encuentra dentro del listado de prohibiciones señaladas en el artículo 68A del Código Penal. /

Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto

Sala de Decisión Penal

Magistrado Ponente	:	Franco Solarte Portilla
Asunto	:	Apelación sentencia con allanamiento a cargos
Delito	:	Receptación de hidrocarburos
Acusado	:	EJGR
Radicación	:	528356000538201003048-01 N.I. 22327
Aprobación	:	Acta No. 2018 – 065 (Abril 26 de 2018)

San Juan de Pasto, mayo tres de dos mil dieciocho

Objeto del Pronunciamiento

Resuelve el Tribunal el recurso de apelación interpuesto por quien obra como defensor de EJGR, en contra de la sentencia condenatoria adiada a 1 de junio de 2017, por la cual el Juzgado Penal del Circuito Especializado de Tumaco – Nariño, condenó al prenombrado como coautor del reato de receptación de hidrocarburos, y le denegó los subrogados de suspensión condicional de la ejecución de la pena y prisión domiciliaria.

Resumen de los hechos

Las diligencias revelan que el 9 de diciembre de 2010 a las 2:30 de la tarde, el señor EJG y otra persona, atendiendo el requerimiento del pelotón motorizado ciclón I del *"Plan Meteoro"* del Ejército Nacional, detuvieron la marcha del vehículo tipo carro tanque color azul, de placas KUL 930 en el que se movilizaban, a la altura del Kilómetro 101 de la vía Tumaco Pasto; al inspeccionar el automotor se percataron las autoridades que llevaban una sustancia líquida de olor fuerte con características similares a la gasolina en uno de sus compartimientos, respecto de la cual no se aportó guía de permiso o autorización para su transporte.

Una vez efectuada la prueba de marcación de combustible por parte de la Policía Judicial, en las instalaciones de la Estructura de Apoyo de Tumaco se verificó la ilícita procedencia de la sustancia al tratarse de 300 galones de gasolina sin el cumplimiento de los rangos óptimos de marcación establecidos legalmente, de manera que se procedió a la captura de los tripulantes por el presunto delito de receptación de hidrocarburos.

Síntesis de la actuación cumplida

En audiencias concentradas preliminares, el Juzgado Tercero Penal Municipal de Tumaco (N) declaró la ilegalidad de la captura y dispuso la libertad de los procesados. A la postre, el ente acusador deprecó se giren las respectivas órdenes de captura, haciéndose efectiva respecto de EJGR.

Fue así como el día 22 de octubre de 2016, ante la misma autoridad prenombrada, se llevaron a cabo las diligencias preliminares tendientes a la legalización de la captura por orden judicial; superada ésta, la Fiscalía imputó al referido ciudadano los fácticos antes descritos, correspondientes al reato de receptación de hidrocarburos, en modalidad dolosa, a título de coautor, cargos que fueran aceptados de manera libre, consciente y voluntaria por el imputado, una vez se le pusiera de presente la potestad de renunciar a sus garantías penales y se le ofreciera una rebaja de hasta el 50% de la pena imponible; acto judicial que fue declarado legal por el juez control de garantías.

Se instó por parte del ente acusador medida de aseguramiento privativa de la libertad consistente en detención preventiva en la residencia del encartado, misma que al advertirse necesaria, adecuada, proporcional y razonable fue decretada en el mismo escenario procesal.

La providencia impugnada

La primera instancia, conforme a la aceptación de cargos unilateral, imprimió al asunto el impulso correspondiente a la terminación anticipada del proceso penal, centrando en consecuencia su atención en la verificación del mínimo probatorio que dé cuenta de la ocurrencia de la conducta punible y la responsabilidad del procesado en su comisión.

Para ello, infirió la autoría y participación en la conducta a partir de los elementos de juicio aportados por el ente fiscal, esto es, el informe de captura en flagrancia, el acta de incautación del hidrocarburo, el informe de investigador de campo y el acta de derechos del capturado y constancia de buen trato.

A renglón seguido y agotado el análisis respecto de la tipicidad objetiva y subjetiva de la conducta, de la culpabilidad y la antijuridicidad, el a quo abordó el tema de la dosimetría penal, indicando para el efecto que de conformidad con el artículo 61 del Estatuto Sustantivo Penal, comporta establecer los cuartos punitivos del tipo básico de receptación de hidrocarburos previsto en el artículo 327C ibídem, cuya pena de prisión oscila entre los 6 a 12 años, o lo que es lo mismo, de 72 a ciento 114 meses, y multa de 1.000 a 6.000 mil salarios mínimos legales mensuales vigentes, eligiendo el Juzgador el cuarto mínimo comprendido de 72 a 90 meses, comoquiera que

solamente concurre la circunstancia de menor punibilidad atinente a la carencia de antecedentes penales.

Señaló que en consonancia con el citado articulado, es la gravedad de la conducta, el daño real o potencial creado, la naturaleza de las causales que agravan o atenúan la conducta, la intensidad del dolo, la preterintención o la culpa concurrentes, la necesidad de la pena y su función a cumplir en el caso concreto, los aspectos a tener en cuenta a efectos de tasar la pena a imponer, dentro del margen de movilidad que ofrece el cuarto punitivo seleccionado.

En ese orden, resaltó la primera instancia que la conducta endilgada al procesado es de aquellas de mayor gravedad y especial connotación en la costa pacífica nariñense, y que dadas las rudimentarias condiciones de refinamiento del combustible sustraído ilícitamente, su más seguro destino hubiera sido servir como precursor para la obtención de base de coca, aunado a los perjuicios irrogados no sólo a la estatal petrolera que funge como sujeto pasivo de la conducta, sino también a las finanzas con que se procura el cumplimiento de los fines del Estado, así como al medio ambiente.

Siendo ello así, el a quo procedió a fijar la pena en concreto, para lo cual estimó que la receptación de hidrocarburos es uno de los eslabones de la cadena que inicia con la extracción rudimentaria y peligrosa del combustible, su refinación artesanal, transporte y suministro a los laboratorios de procesamiento de sustancias estupefacientes, para a la postre advertir la pretensión de materialización del interés criminal por parte del procesado que se deduce de la forma como transportaba el hidrocarburo, circunstancias que a su juicio evidencian la necesidad del cumplimiento de la pena para asegurar el fin resocializador y de prevención general.

Agregó que el inculpado exteriorizó su ánimo de someterse a la justicia en la primera oportunidad que le fue posible, develando también su arrepentimiento frente a la conducta que se le reprocha, contexto que de todas maneras no le permite al Juzgador ubicarse en la pena mínima del cuarto seleccionado, pero tampoco en la máxima, tasando en consecuencia la pena en concreto en 88 meses de prisión.

En lo que hace a la multa, expresó que atendiendo a la particular situación económica del acusado comporta ubicarse en la pena menor del cuarto mínimo, esto es, 1000 salarios mínimos legales mensuales vigentes a la época en que se perpetró el reato atentatorio del bien jurídico del orden económico y social.

Por último, a la pena de prisión y de multa ya computadas, el sentenciador les aplicó la rebaja del 50% que en trámite de la audiencia de formulación de imputación fuera ofrecida por la Fiscalía contemplada en el artículo 351 Procesal Penal, la que advirtió, asoma legal, imponiendo en definitiva a EJGR la pena de 44 meses de prisión, 500 salarios mínimos legales mensuales vigentes de multa al año 2010, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por igual tiempo al de la pena principal.

Avocado el estudio de los subrogados penales precisó el Fallador, que en atención a la fecha en que el justiciable incurrió en el punible y en virtud del principio de favorabilidad, se da aplicación a lo normado en la Ley 599 de 2000 sin las reformas introducidas por la Ley 1709 de 2014.

En tal contexto, advirtió que no concurre el requisito objetivo para la concesión del mecanismo de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, en punto a que la pena a imponer supera el factor objetivo previsto en el artículo 63 del Código Penal.

Por su parte y en lo que hace a la prisión domiciliaria, reseñó la primera instancia que siendo que la pena mínima para el punible por el que se condena al procesado es de 6 años, no es dable la concesión de dicho sustituto al no verse satisfecho el requisito previsto en el numeral 1° del artículo 38 del Código Penal, atinente a que la sentencia se imponga por conducta punible cuya pena mínima prevista en la ley sea de 5 años de prisión o menos, razón por la que dispuso librar la respectiva orden de encarcelamiento para el cumplimiento de la sanción.

Argumentos de la impugnación

Inconforme con la decisión en lo que atañe a la dosificación punitiva y de contera con la negación de los subrogados penales, el abogado defensor objetó en tales ítems la providencia proferida por el primer nivel.

Argumentó que si bien es cierto no desdice del aspecto subjetivo del fallo condenatorio, comoquiera que el mismo proviene precisamente de la aceptación de responsabilidad que de manera libre, espontánea y debidamente asesorado efectuó el sentenciado durante la audiencia de formulación de imputación, no acaece lo mismo respecto de la individualización de la pena que refleja la decisión objeto de la alzada.

Ello, por cuanto reseñó que en vista del ofrecimiento efectuado por la Fiscalía 23 EDA, consistente en la rebaja del 50% de la pena a imponer conforme lo preceptúa el artículo 351 procesal penal, es que se optó por la aceptación de cargos, sin que nada se dijera frente al incremento de la pena por la gravedad del delito, lo que aunado a la ausencia de agravantes al tratarse de un delincuente primario, indicaba que la pena a imponer no podía exceder de la mínima, esto es, de 3 años de prisión.

Aseguró que con el proceder de la Fiscalía durante la audiencia de individualización de la pena, de deprecar de la Judicatura se incremente el quantum punitivo por la gravedad de la conducta y la afectación de intereses de la comunidad, se engañó tanto a su prohijado como a la propia defensa, pues obraron con la convicción de que la pena a imponer no era otra que 3 años de prisión, esperando con ello la concesión del subrogado de la suspensión de la ejecución de la pena de que trata el prenombrado artículo 63.

Señaló que si bien al Juzgador le asisten prerrogativas para graduar la pena, debió sujetarse al ofrecimiento efectuado por el ente acusador en desarrollo de la audiencia de formulación de imputación, que no en lo manifestado durante la audiencia de individualización de la pena, en acatamiento a los principios de lealtad y congruencia.

Censuró el incremento punitivo efectuado por el Juzgado Sentenciador en aplicación del artículo 61 del Código Penal, aumentando sin más la pena en *8 meses* (sic)[1] bajo el supuesto de que son más las circunstancias de cargo que las favorables al procesado.

Traído a colación el concepto de lo que se entiende por daño ambiental, desdeñó que del comportamiento de su prohijado se pueda predicar válidamente tal proceder, comoquiera que no media probanza alguna que así lo indique, pues si acaso su actuar se limitó al transporte del crudo antes extraído.

Desestimó también el argumento empleado por el Juez de instancia, atinente a la supuesta afectación de las finanzas estatales destinadas al cubrimiento de caros fines como la salud y la educación, cuando es lo cierto que tales prerrogativas cuentan con rubros específicos para su efectiva materialización; además enfatizó que ante ello, debe tenerse en cuenta que ya su representado exteriorizó su arrepentimiento al aceptar los cargos endilgados y someterse a los rigores de la justicia.

Corolario de lo anterior, indicó el libelista que la sentencia recurrida debe ser modificada conforme al ofrecimiento inicial efectuado por el ente acusador, esto es, que la pena privativa de la libertad irrogada a su prohijado sea de 3 años, con la multa e inhabilidad respectiva, concediendo en consecuencia el subrogado penal de suspensión de ejecución de la pena al cumplirse los requisitos legales previstos para ello.

Consideraciones

En consonancia con el numeral 1° del artículo 34 del Estatuto Adjetivo Penal, es competente la Corporación para examinar el fondo del asunto planteado en esta oportunidad en sede de apelación.

Para ello, no sobra señalar que conforme a la teoría de la apelación, el juez de segunda instancia debe pronunciarse exclusivamente respecto de los ítems planteados por el recurrente y de aquellos que inescindiblemente resulten relacionados con aquellos, sin que, –dicho sea de paso- pueda dejar de manifestarse oficiosamente cuando avizore afectación a prerrogativas fundamentales ajenas al tema de la alzada.

[1] Si bien el libelista refirió que el incremento fue de 8 meses, lo cierto es que la sentencia de primera instancia devela que el aumento al extremo inferior del cuarto mínimo de movilidad en que se ubicó el fallador para la fijación de la pena fue de 16 meses.

Siendo ello así y atendiendo los presupuestos fácticos y los puntos objeto de disenso, debe ocuparse en esta oportunidad el Tribunal de dilucidar los siguientes problemas jurídicos:

> *i) ¿Incurrió en yerro la primera instancia respecto de la dosificación punitiva, al no ubicarse en el extremo inferior del cuarto punitivo mínimo, y de contera no haber contemplado las circunstancias de menor punibilidad como la carencia de antecedentes que le cobija al penado, y en su lugar sí detenerse a incrementar la pena bajo el supuesto de puntos atinentes al narcotráfico, a la afectación ambiental y las finanzas estatales con la comisión del delito?*
>
> *ii) De ser válido el cuestionamiento anterior, ¿deberá otorgarse a EJGR el subrogado de la suspensión condicional de la pena, tal como lo reclama la parte recurrente?*

Respecto del primer problema jurídico, emerge necesario abordar el tema de la dosificación punitiva y las reglas que lo rigen, específicamente en lo que concierne a las determinaciones de tipo cuantitativo como cualitativo; para ello el juzgador debe entonces establecer los límites punitivos, aspecto que innegablemente lo conducen a regirse por el principio de la legalidad de la pena, para a partir de ahí encaminarse a lo que la jurisprudencia de antaño advirtió como la garantía del "poder judicial de connotación" como fue analizado por la Corte Suprema de Justicia[2], así:

> *"Por el contrario, cuando el juez tiene que fundamentar de manera explícita los motivos de la determinación cualitativa y cuantitativa de la pena (tal como ahora lo prescribe el artículo 59 de la ley 599 de 2000), no realiza juicios de índole fáctica, sino que en un principio establece los límites punitivos que el principio de legalidad de la pena le impone y, a partir de ahí, dispone de lo que en la teoría del garantismo penal se denomina poder judicial de connotación con miras a individualizar la pena que corresponda, en atención a la valoración que efectúe de los hechos que ya consideró demostrados cuando apreció la prueba que condujo a la certeza de la conducta punible y la responsabilidad del procesado:*
>
> > *"Una vez aceptada conforme a ciertas interpretaciones y pruebas la verdad jurídica y fáctica de una imputación dada, ¿cuáles son los criterios pragmáticos a los que el juez debe atenerse en la decisión sobre la [...] la cantidad [...] de la pena? [...] A diferencia de la denotación, que permite una comprobación empírica apta para fundar decisiones sobre la verdad o sobre la falsedad, la* ***connotación requiere sin embargo, inevitablemente, juicios de valor: en cuanto basados en referencias empíricas, en efecto, los juicios de 'gravedad' o 'levedad' de un hecho suponen siempre, como se dijo, valoraciones subjetivas no verificables ni refutables. Es claro que los criterios de valoración que presiden la connotación y la comprensión son innumerables y variados****. El art. 133 del código penal italiano, por ejemplo, indica una larga serie de éstos: la naturaleza, la especie, los medios, el objeto, el tiempo, el lugar y cualquier otra modalidad de la acción, la gravedad del daño o del peligro ocasionado, la intensidad del dolo o el grado de la culpa, los motivos para delinquir, el carácter del reo, sus antecedentes personales, sus modelos de vida, sus condiciones individuales, familiares y sociales. Se trata de indicaciones sin duda útiles para orientar al juez sobre los elementos a tener en consideración. Estos criterios, aunque numerosos y detallados, no son sin embargo exhaustivos:* ***por su naturaleza la connotación escapa en efecto a una completa predeterminación legal. Y sobre todo, a causa de su inevitable carácter genérico y valorativo, carecen de condiciones para vincular al juez, al que sin embargo se remiten siempre los juicios de valor sugeridos por aquéllos"***[3] *." (Negrillas fuera de texto)*

En consideración al referido precedente, se impone en principio mencionar que el Legislador reservó en el Código Penal un capítulo destinado a fijar los *"criterios y reglas para la determinación de la punibilidad"* y dentro del mismo, en su artículo 61, se concretan los *"fundamentos para la individualización de la pena"*. Disposición en la que

[2] CSJ SP Proceso No 21731. 20 feb 2008. M.P. Julio Enrique Socha Salamanca.
[3] Ferrajoli, Luigi, Derecho y razón. Teoría del garantismo penal, Editorial Trotta, Madrid, 2001, pp. 404-405.

se consigna el sistema de cuartos, con el cual se busca reducir el extenso ámbito de movilidad que generalmente existe entre la pena mínima y la máxima establecida en la ley para cada delito, limitando de contera el relativo poder de discrecionalidad del juez a la hora de imponer una sanción.

Bajo ese parámetro legislativo se hace necesario tener en cuenta los pasos que inexcusablemente debe seguir el juzgador en el proceso de la individualización de la pena privativa de la libertad, tal como lo determinó la Corte Suprema de Justicia[4] en pasado pronunciamiento:

> *"1.- A voces del artículo 60 del Código Penal, establecer primero los límites máximos y mínimos dentro de los cuales ha de moverse el juez, para cuyo efecto habrá de tenerse presente la pena prevista en la correspondiente disposición para el delito y de todas las circunstancias que modifican tales extremos y que se estructuran al momento de la comisión de la conducta punible, tales como la tentativa; el estado de marginalidad, pobreza o ignorancia extremas; la ira o intenso dolor; y, la cuantía de lo apropiado en los delitos contra el patrimonio económico, entre otras.*
>
> *2.- Superado ese primer ejercicio, sigue la fijación de los cuartos de movilidad punitiva y punto seguido, atendiendo las reglas fijadas en el artículo 61 ibídem, seleccionar el correspondiente cuarto dentro del cual el sentenciador escogerá la pena a irrogar. Para el correcto ejercicio de este punto, sólo tendrán cabida las circunstancias genéricas de mayor y/o menor gravedad, previstas en los artículos 55 y 58 del Estatuto Represor, siempre que las mismas no hayan sido previstas de otra manera, pues algunas, como por ejemplo, la contemplada en el numeral 10 del artículo 241 ejusdem, entre muchas otras, tuvieron incidencia en la fijación de los límites punitivos, reseñados aquí en el numeral primero supra.*
>
> *En ese orden, como bien se conoce, la ubicación en el cuarto mínimo procede ante la inexistencia de circunstancias de mayor punibilidad y la presencia de atenuantes genéricos, en los medios ante la concurrencia de unas y otros y en el máximo, cuando solo se avizoran circunstancias de mayor punibilidad.*
>
> *3.- Hecho lo anterior, procederá el juez a escoger la pena, la cual deberá estar dentro del marco de movilidad punitiva antes establecido y atendiendo para ello "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 la pena y la función que ella ha de cumplir en el caso concreto", como lo enseña el inciso tercero del artículo 61 del Código Penal.*
>
> ***Sobre el punto, es necesario aclarar que la ubicación en el cuarto mínimo de movilidad no obliga al juzgador a imponer la pena menor dispuesta en la norma, pues ello va en contravía de la concepción de los cuartos, establecidos para atribuir distinto tratamiento punitivo para delitos típicamente iguales, diferente empero en sus particularidades.***
>
> *4.- Finalmente, entran en juego los denominados* ***"fenómenos pos delictuales",*** *que son aquellas "circunstancias fácticas, personales o procesales" que inciden en el quantum punitivo a irrogar, pero que aparecen con posterioridad a la comisión del delito. Ejemplos de ellas pueden citarse a la rebaja concebida a consecuencia de la aceptación de responsabilidad penal, el reintegro en el peculado y la reparación en los delitos contra el patrimonio económico, entre otras". (Subrayas de la Sala).*

Según lo expuesto, veamos ahora lo que ocurrió en el asunto que nos concita, de cara al punto de censura planteado por la parte recurrente: recordemos que en el escenario de la formulación de imputación, la Fiscalía no atribuyó al procesado circunstancias de mayor punibilidad contenidas en el artículo 58 del Código Penal, antes por el contrario se observa en el plenario que carece de antecedentes penales, aspecto éste considerado como de menor punibilidad a voces del numeral 1° el artículo 55 íbidem, situaciones que indudablemente nos permiten inferir de entrada que el Sentenciador no podía sino ubicarse dentro del cuarto mínimo de movilidad para individualizar la pena, cosa que en efecto se dio.

[4] Sentencia de mayo 27 de 2004, Radicado 20642, M.P. Alfredo Gómez Quintero.

Ya dentro del proceso de individualización de la pena, partiendo de los extremos punitivos contemplados en el delito imputado, que para el caso es la receptación de hidrocarburos descrito en el artículo 327C del Código Penal, se tiene que la sanción privativa de la libertad va de 6 a 12 años, en meses de 72 a 144, y una multa de 1000 a 6000 SMLMV; en razón del cuarto de movilidad en el cual se ubicó el Juzgador, se tiene que para el cuarto mínimo la pena oscila de 72 a 90 meses, rango dentro del cual advirtió el Juez de primera instancia como necesario llevar a cabo la ponderación del caso en relación con los aspectos que indica el inciso 3° del artículo 61 del Código Penal; circunstancia que permite perfilar que la selección del mencionado cuarto no implica per se –como parece entenderlo el togado- ubicarse en el extremo inferior.

Veamos cuáles fueron las motivaciones que sostuvo el Juzgador para determinar la pena que finalmente se impuso al sentenciado, las que se pueden resumir en 4 aspectos, a saber: *i) las condiciones rudimentarias de refinamiento del combustible sustraído de manera ilegal del Oleoducto Trasandino – OTA –, genera la posibilidad de que su destino final sería servir como precursor para la obtención de base de coca; ii) en la forma como se obtuvo el combustible ocasionó grave perjuicio a la estatal petrolera ECOPETROL, así como también daño al medio ambiente; iii) la comisión de la conducta fue asegurada por el encartado al verificarse la forma como fue transportado el hidrocarburo; y, iv) se trata de un delito que hace parte del eslabón de la cadena para luego suministrar la sustancia a los laboratorios de procesamiento de sustancias estupefacientes.*

Los argumentos esbozados por la primera instancia llevan a la Sala a reflexionar si cada uno de ellos tiene la comprobación suficiente para considerar la magnitud de la gravedad de la conducta o la intensidad del injusto; para ese ejercicio debemos entonces centrarnos en lo probado dentro del asunto que concita nuestra atención y será con fundamento en esos elementos a partir de los cuales la Corporación verificará la concurrencia de tales apreciaciones, o si por el contrario será necesario desecharlas para entonces adecuar la tasación punitiva al pronóstico real del ingrediente que estipula la normatividad aplicable en la materia[5].

Para abordar el tema de la gravedad de la conducta, el criterio a valorar se centra en las circunstancias especiales que hacen que el ilícito cometido sea más reprochable en tanto afecta en mayor o menor medida el bien jurídico tutelado por la ley, es por ello que el plus que ha de estudiarse en la conducta desplegada deberá ir más allá de los aspectos que acompañan al delito en sus agravantes genéricos o específicos, siendo entonces estas situaciones catalogadas por la doctrina c*omo manifestaciones existenciales que caracterizan determinada conducta*[6].

En el caso en concreto se refleja que las afirmaciones traídas a colación relacionadas con la posible destinación del hidrocarburo como precursor de la base de coca e incluso de servir la conducta penal desplegada como uno de los eslabones para el transporte y suministro del combustible a los laboratorios de procesamiento de sustancias estupefacientes, se quedan en el plano de la mera especulación, pues no se acompasan con la realidad y particularidades del delito cometido.

Es así como se podría fácilmente deducir que tales circunstancias por el contrario sí servirían para robustecer la concreción de otro tipo de reproche penal, el cual justamente está destinado a salvaguardar el bien jurídico de la salud pública, y que para mayor precisión ha sido destacado por el legislador en el Código Represor, como sería el caso del delito de transporte de sustancias para el procesamiento de narcóticos, conducta ésta que aquí no fue imputada al procesado.

Conforme a la misma línea argumentativa podemos catalogar ahora que el raciocinio volcado respecto a que el comportamiento ejecutado por el encartado afectó el medio ambiente como producto de la obtención y transporte ilícito del combustible, constituye así mismo una premisa que no se encuentra respaldada por los elementos probatorios de que se nutre el proceso, puesto que asegurar circunstancias como esas desvirtuaría el contenido de la conducta que le fue endilgada al procesado, pasando la frontera de la adecuación típica del delito por el cual se allanó a los cargos, para entonces configurar que la gravedad del delito se funda es en la comisión de otro tipo de reatos establecidos en el Estatuto de las penas, como sería aquellos relacionados contra los recursos naturales.

[5] Inciso 3° del artículo 61 del Código Penal.
[6] SARAY BOTERO, N. (2011). Dosificación Judicial de la Pena. Bogotá D.C. Editorial Leyer. (pp 226).

Ahora bien, frente a la dimensión de la gravedad de la conducta referente al daño causado con el delito a la central estatal petrolera de Colombia – Ecopetrol, debemos tener en cuenta que el punible que en esta ocasión se reprocha al encartado se destina a la tutela del bien jurídico del orden económico social, lo que entonces se relaciona con la preservación de *la armonía o el equilibrio de las relaciones de producción, explotación, comercialización, consumo de bienes y servicios*[7], por lo tanto el llevar a cabo una de las formas que contempla el legislador de apoderamiento de los hidrocarburos, sus derivados, biocombustibles o mezclas que los contengan, emerge precisamente como un hecho notorio[8] con diferentes repercusiones sociales como potenciales, pues se trata de una conducta que inicia con la extracción rudimentaria y riesgosa del crudo, su refinación artesanal, transporte y el final suministro a destinos inciertos.

Tales asertos se constituyen de manera efectiva en una forma de ir en contravía del sistema de organización y planificación general de la economía, en tanto que se trata de un combustible que al no cumplir con los estándares legales de calidad y fabricación, ocasiona en alguna medida el detrimento en la comercialización del crudo, el cual se encuentra de manera exclusiva depositada en la referida empresa, de ahí que merezca ubicarse este aspecto en un motivo de mayor reproche propio de la caracterización de este tipo de conductas delictivas.

Pasemos entonces a determinar la forma como se destinó el transporte del combustible ilegal por parte del penado: recordemos que de acuerdo a las piezas procesales obrantes en el plenario, se tiene probado que el hidrocarburo se movilizaba en un carro tanque, que al ser inspeccionado por el personal del ejército se percató que se trataba de una sustancia que se asemejaba a la gasolina.

De estas referencias podemos construir de manera razonada cuáles son las condiciones que caracterizan de manera especial la realización de la conducta, aspecto que al ser tocado por la primera instancia procede la Corporación a abordar en los siguientes puntos:

> i) Utilizó el encartado un medio de transporte que a simple vista podía pasar inadvertido, en tanto que al ser un carro tanque, se supone que se trataba de una sustancia permitida para ser movilizada en este tipo de vehículos, lo que en principio generaba para las autoridades la confianza de que las personas que ocupaban el rodante no estarían ejecutando una conducta ilícita, en tanto que nada más idóneo que un automotor de esas características para transportar un combustible en condiciones normales, siendo ello un eficiente distractor para los uniformados que ejercían control en la vía.
>
> ii) Inicialmente se permitió la inspección del vehículo por parte del Ejército en uno de los compartimientos que estaba vacío, con lo cual se predicaría el ánimo de distraer la atención en el control que se estaba ejerciendo por los policiales, para luego percatarse que en la otra parte del tanque se transportaba una sustancia que inicialmente se asemeja a la gasolina, inferencia que desde luego se nutre de la forma como el inculpado optó para transportarla.
>
> iii) El encartado junto con la persona que conducía el rodante se mostraron de entrada indiferentes al conocimiento de que en el carro tanque se transportaba alguna sustancia, completando su actitud con la manifestación de carecer de la guía para su transporte, partiendo del convencimiento que hasta ese momento parecía ser gasolina, aspectos que generaron la sospecha necesaria para que el líquido encontrado sea sometido a la valoración pericial necesaria, con la cual se determinó la marcación de los márgenes del *ppm*[9] de combustibles, determinándose que la concentración del hidrocarburo[10] no era el exigido por la estatal petrolera en Colombia.

---

[7] ARBOLEDA VALLEJO, M, & RUÍZ SALAZAR, J. A. (2016). Capítulo IX Delitos contra el orden económico social. Manual de Derecho Penal Especial. (pp 607-608). Bogotá D.C. Editorial UniAcademia Leyer.

[8] El concepto del hecho notorio, mismo que parafraseando al maestro Jairo Parra Quijano en su obra Manual de Derecho Probatorio, es aquel conocimiento que le asiste al Juez y a personas de mediana cultura en un determinado conglomerado social al tiempo en que se profiere la decisión, que está exento de prueba, y por ende, sin que sea menester constatar con medios probatorios aquello que emerge palpable so pena de afectar la economía procesal.

[9] Partes por millón, es una unidad de medida con la que se mide la concentración.

[10] Según lo indicó el informe pericial la gasolina se encuentra en un parámetro de 04.0 hasta 5.6 de ppm, mientras que la sustancia incautada presentó una marcación de -0,1 ppm. Ver a folios 36-38 carpeta investigativa.

El panorama que se visualiza con el análisis que antecede nos lleva a establecer que las razones de las que se robustece la gravedad de la conducta cometida por el sentenciado, ya no se concentran en los 4 puntos plasmados por el Juez de primera instancia, sino que se reducen a 2 justificables motivaciones que provienen de la premeditación para el desarrollo de la conducta delictiva, acrecentando su ejecución a partir del empleo de un medio idóneo que configura con creces la habilidad calculada para impedir el descubrimiento de la ilicitud en la que se encontraba inmerso el encartado.

Las anotaciones mencionadas aterrizan entonces la decisión judicial en lo probado en el ámbito jurídico del caso concreto, mismas que al ser tomadas de los elementos probatorios, permiten dimensionar y abarcar la realidad social de la que emana, como el resultado final de la sanción a imponer al procesado.

Dicha contextualización del accionar delictivo inherente a la conducta atribuida a GR que para el caso concreto se agota en el verbo rector *transportar,* misma que se tipifica con el solo hecho de *movilizar* o *llevar de un lugar a otro* la sustancia prohibida, lo que pretende es resaltar que el reato en que incurrió el encartado ostenta una evidente gravedad al perpetrarse precisamente en un entorno en el que prolifera gran variedad de conductas delictivas que van en contravía de multiplicidad de bienes jurídicos, siendo entonces estas apreciaciones razonables para alejarse del extremo mínimo del cuarto inferior.

Más no puede pretender el abogado apelante aducir que *"el encartado con el transporte de la gasolina ilícita no ha causado ningún perjuicio a la sociedad",* pues como se vio, el injusto endilgado se agota, entre otros verbos rectores, en el transporte de la sustancia, constituyéndose entonces en un tipo penal de mera conducta de cuya comisión el procesado se confesó culpable con el visto bueno de la Judicatura, y por ende, sin que haya lugar a retractación alguna, como veladamente lo pretende la defensa al argüir haber sido sorprendido con las resultas del proceso derivadas del allanamiento a la imputación válidamente adelantada.

Con todo, corresponde aquí hacer la corrección frente a la tasación de la pena, que como bien se dedujo líneas atrás, no podrá afincarse de manera definitiva ni completa en las manifestaciones de la gravedad de la conducta contenidas en la sentencia objeto de recurso, sino que deberá ahora soportarse de manera parcial en algunas de ellas, como oportunamente lo analizó la Sala.

Así las cosas, tendrá la Corporación el deber de someterse al rango legal de donde partió el Juez de instancia para fijar la pena, esto es el cuarto mínimo que va de 72 a 90 meses, y siendo consecuentes con el incremento (16 meses) establecido por el Fallador, el cual como se infirió se fundó en 4 aspectos, de los cuales la Sala únicamente rescató 2 de ellos, le daremos entonces a estos el valor proporcional correspondiente al aumentó que en su momento se fijó en el fallo, es decir, haciendo un simple ejercicio aritmético: si 16 lo dividimos entre 4, nos dará como resultado 4, que sería en ultimas el valor que se la asignará a cada una de las razones que sirven ahora de fundamento para determinar el incremento de la pena por el ítem de la gravedad de la conducta desplegada por el encartado.

Por lo tanto, la pena a fijar quedará en 80 meses de prisión, guarismo al que se aplicará la rebaja del 50% que reconoció el Juzgador de instancia por el allanamiento a cargos al que se sometió el penado en la audiencia de formulación de imputación; en consecuencia, la sanción a imponer será de 40 meses de prisión, sin que medie ninguna modificación en la pena de multa establecida en la sentencia apelada.

No puede dejar de mencionarse que el incremento del rango punitivo establecido para alejarse del extremo inferior del cuarto mínimo de movilidad en que se ubicó el Juez de primera instancia para individualizar la pena del procesado, deviene ahora razonado, puesto que además de determinar la dañosidad causada con la conducta, también se enfrascó en el reproche de lo que refleja en la comunidad tales reatos, constituyéndose ello en las razones por las cuales la Sala se aparte del raciocinio vertido por el abogado apelante, cuando afirma que se produjo un engaño en el convencimiento que motivó a su representando para aceptar los cargos, lo cual no es más que una mirada personal y subjetiva del acontecer procesal al que se sometió el penado.

Es oportuno traer a colación un precedente que se acomoda justamente a la censura vertida por el togado, puesto que el criterio antes referido ya ha sido expuesto por esta Colegiatura con similares argumentos:

> *"Ahora bien, debe decirse que la Sala no comparte la posición asumida por la defensa, de acuerdo con la cual a su defendido no era dable imponerle una pena superior a la mínima dispuesta en la norma para el delito cometido.* ***De prosperar tal concepción, perdería la razón de ser el sistema de cuartos atrás resaltado, como que siempre habrá un espacio dentro del cual el juzgador pueda moverse atendiendo los criterios legalmente señalados.***
>
> ***Tal sistema consulta además los principios de razonabilidad y proporcionalidad, por cuanto permite signar tratamiento punitivo diferencial para casos diversos, respetando desde luego el marco legal y con apego a la realidad fáctica de cada evento delictuoso en particular.***
>
> ***No en vano el inciso tercero del artículo 61 atrás referido, demanda del juzgador un ejercicio de ponderación para efectos de tasar la pena, que comporta el examen particular del asunto en cuestión,*** *que incluye la mayor o menor gravedad de la conducta, el daño causado con la misma, la naturaleza de las causales de agravación y la intensidad del dolo, entre otras circunstancias."* [11] *(Resaltado de la Sala)*

El raciocinio al que se hace alusión ha sido efectivamente fortalecido por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, en tanto que al referirse sobre el tema precisó *"que establecer los límites punitivos en el cuarto de movilidad más beneficioso para el procesado no implica que la sanción tenga que individualizarse siempre y en todo los casos en el mínimo, pues lo uno obedece a la concurrencia de circunstancias genéricas de agravación que se hayan imputado en la resolución de acusación o su equivalente (inciso 2º del artículo 61 de la Ley 599 de 2000); y lo otro, a criterios como la gravedad del asunto, el daño potencial o real creado, la intensidad del dolo y la función que ha de desempeñar la pena en el caso concreto (inciso 3º ibídem)".* [12]

Como se ve, el cálculo que se planteara la defensa de que la sanción que se le impondría a su representado, una vez aceptados los cargos por el ofrecimiento de una rebaja del 50% de la pena consagrada para el tipo penal enrostrado, *"no podía sobrepasar de la mínima, es decir, 3 años de prisión"* [13], va en contravía de los parámetros legales ya estudiados, pues se itera, ese no es un criterio para la tasación de la pena en concreto, sino que hace parte de la etapa final del proceso de individualización de la sanción, que como se vio atrás, se aplica una vez se haya determinado por el juzgador la sanción que se ha de imponer, siendo ello un aspecto claramente post delictual.

Ahora, tampoco es de recibo la interpretación a la que llega el apelante cuando sostiene que por el hecho de carecer de antecedentes penales su representado, la pena a irrogar debía ubicarse en el mínimo del guarismo contemplado por el delito que se le imputó; de ser aceptada tal afirmación, implicaría incurrir en una proscrita doble valoración, ya que esa circunstancia de menor punibilidad sirve sí de parámetro para la determinación del ámbito punitivo de movilidad, sin que ello implique automática e imperativamente para el fallador ubicarse en el extremo inferior del cuarto punitivo seleccionado.

Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 8 de junio de 2006, radicado 24375 señaló:

> *"(…)* ***a pesar de presentarse sólo diminuentes inexorablemente la sanción no debe ser la mínima,*** *pues el análisis de los diversos criterios que sirven para dosificar la pena pueden conducir a que la misma se incremente dependiendo de la ponderación de cada uno de los elementos señalados en el citado artículo 61".(Subrayas fuera de texto)*

De manera tal que el pedimento de la defensa se aparta de los postulados del pluricitado artículo 61 respecto de los criterios a tener en cuenta para fluctuar entre el mínimo y máximo punitivo que ofrece el sistema de cuartos establecido por el legislador, ya que dentro de ese margen el juez goza de una importante facultad para tasar la pena a partir de la valoración de los medios de convicción respecto de la intensidad del injusto y sus demás

[11] Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, Sala Penal, Sentencia Rad. 2009-00174 NI 3139, Agosto 2 de 2010. M.P. Franco Solarte Portilla.
[12] SP, Rad 25632, enero 27 de 2010, M.P. Julio Enrique Socha Salamanca.
[13] cfr. fl.85 escrito de impugnación

componentes, siempre que tales asertos vayan acompañados del deber de motivar la decisión que se adopte, tal como lo indica el artículo 59 del Código de Procedimiento Penal.[14]

Significa lo anterior, que no media yerro alguno en el proceso de dosificación punitiva cuando el Juzgador opta por alejarse del extremo mínimo del cuarto inferior, aun cuando solamente obren circunstancias de menor punibilidad, claro está, siempre que al fijar una pena mayor, la misma se encuentre fundada en los criterios que contempla la normatividad aplicable para ese cometido; razones estas suficientes para establecer que habrá que desestimarse ese punto de censura elevado por el togado.

Ahora bien, ante la modificación de la sanción a imponer al señor EJGR, será menester que la Sala se detenga a verificar el segundo punto de censura planteado, correspondiente a si habría posibilidad de reconocer a favor del penado el subrogado de la suspensión condicional de la pena, contemplado en el artículo 63 del Estatuto Adjetivo.

Para la valoración del mecanismo jurídico que se indica, partiendo del principio rector de legalidad contemplado en el Estatuto de las penas,[15] será menester inicialmente verificar si resulta aplicable la norma preexistente al hecho cometido o si por el contrario por el principio de favorabilidad es posible acoger la norma posterior al acto imputado. Así entonces tenemos que los fácticos que incriminan al encartado ocurrieron el 9 de diciembre de 2010 y para ese entonces el subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena contenida en texto original del artículo 63 de la Ley 599 de 2000, exigía como factor objetivo para su valoración que la pena impuesta en la sentencia sea de prisión que no exceda de 3 años, presupuesto que para el caso en concreto no se satisface, ya que aun habiéndose modificado la sanción a imponer por la Corporación, aquella supera el rango punitivo mencionado (40 meses), relevando a la Sala de evaluar los demás aspectos relacionados en la norma para su concreción.

Es pertinente ahora analizar la aplicación del subrogado penal con la importante modificación que introdujo la Ley 1709 de 2014, puesto que por favorabilidad a simple vista se encuadra la concurrencia de uno de los requisitos objetivos, que indica que la pena a imponer no exceda de 4 años de prisión, y en esta ocasión la sanción será de 40 meses.

Particular interés despierta lo relacionado con el siguiente elemento exigido en la antedicha norma, que es lo atinente a que como condición para conceder el citado sucedáneo, la sentencia de condena no debe haberse emitido por la comisión de uno de los delitos enlistados en el inciso 2º del artículo 68 A del Código Penal, por lo que la Sala se ocupa enseguida de hacer una reflexión destinada a establecer si la *"receptación"* que se halla incluida en el señalado listado corresponde a la conducta delictiva tipificada en el artículo 327 C ibídem, que concierne al presente asunto.

Un barrido a la normatividad que ha venido regulando la temática prohibitiva del artículo 68 A referido nos ubica inicialmente en la Ley 1142 de 2007, que introdujo la *"exclusión de beneficios y subrogados",* figura esta entendida como una medida de política criminal direccionada a la prevención y represión de la actividad delictuosa reincidente, con norte hacia la generación de espacios de convivencia pacífica y seguridad ciudadana, finalidad jurídica que se quiso reforzar con la expedición de la Ley 1453 de 2011, mediante la cual el legislador hizo explícita la prohibición de beneficios judiciales cuando se trata de la comisión de unos determinados delitos, destacándose aquellas conductas atentatorias del bien jurídico de la administración pública.[16]

En el mismo período se introdujo una nueva modificación a dicho artículo con la Ley 1474 de 2011, con la concreta inspiración en reprimir el flagelo de corrupción estatal, disponiendo genérica prohibición de los beneficios para los delitos contra la administración pública, más la norma conservó el listado de los ilícitos que ya se encontraban

[14] "*Toda sentencia deberá contener una fundamentación explícita sobre los motivos de la determinación cualitativa y cuantitativa de la pena.*"
[15] Artículo 6°. Legalidad. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante el juez o tribunal competente y con la observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. La preexistencia de la norma también se aplica para el reenvío en materia de tipos penales en blanco. // La ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior se aplicará, sin excepción, de preferencia a la restrictiva o desfavorable. Ello también rige para los condenados. // La analogía sólo se aplicará en materias permisivas..
[16] Enumerándose 11 delitos contra la administración pública, 3 contra el patrimonio económico y 1 contra el orden económico y social.

siendo objeto de la mentada exclusión. Alentado con la misma intención el legislador profirió la Ley 1709 de 2014, normativa que adicionó el inciso 2º al artículo 68 A, luego modificado por la Ley 1773 de 2016.

Pues bien, como ya fue dicho, el actual artículo 32 de la susodicha Ley 1709, incluyó en el inciso 2º a la *"receptación"* como a uno de los punibles que, con otros, está exceptuado específicamente de recibir cualquier beneficio judicial o administrativo, para quien en calidad de autor o partícipe resultase ser por ello condenado. Surge entonces el interrogante de si esa prohibición opera ya para la tipificación del artículo 327C o la del 447 que llevan idéntico epígrafe, éste atentatorio del bien jurídico de la eficaz y recta impartición de justicia, aquél afrentoso del orden económico social.

Una reflexión ha sido concebida en pos de considerar que la prohibición está dada para el denominado injusto de receptación de hidrocarburos, conclusión que se socorre, quizás como único argumento, en la técnica legislativa dispuesta en la confección normativa, en específico, atendiendo el orden expuesto en el listado de las conductas punibles objeto de exclusión, que parecería en principio, tras un vistazo, llevar la misma disposición geográfica seguida para ubicar el orden de los delitos en la parte especial del Código Penal, atendiendo la primacía de unos bienes jurídicos materia de tutela respecto de otros. En ese contexto, podría sugerirse que es la tipificación del artículo 327C la que está cobijada con la mentada prohibición, porque la mención de *"receptación"* se hace justo después de un delito perteneciente al mismo capítulo al que aquél pertenece, el de *"apoderamiento de hidrocarburos, sus derivados, biocombustibles o mezclas que los contengan",* previsto en el 327A del Código de Penas.

Sin embargo, tal razonamiento sucumbe tras un examen cuidadoso de la forma cómo está confeccionado el multicitado artículo 68A y concluir que tal disposición no conserva el aludido orden. Nótese cómo dicho canon en el inciso 2º comenzó por enunciar los punibles que protegen los bienes jurídicos de la administración pública, sigue con los que amparan el derecho internacional humanitario, los de formación e integridad sexual, seguido de la descripción de otros reatos que no conservan una determinada secuencia, sin considerar, como pudiera creerse, claramente un orden. En guisa de ejemplo tenemos cómo de la captación masiva y habitual de dinero (artículo 316)[17], pasa a la utilización indebida de información privilegiada (artículo 258)[18]; o de la extorsión (artículo 244)[19], sigue el homicidio agravado de que habla el numeral 6º del artículo 104[20].

Cabe advertir que aparte de lo anterior, no existen sustentos jurídicamente atendibles que permitan considerar que la señalada prohibición es para el injusto del artículo 327C. No cuenta la Sala con información consignada sobre el punto en la exposición de motivos previa a la reforma de la Ley 1709 en lo que apunta al artículo 68A inciso 2º, con lo que resulta imposible extraer de allí un soporte de política criminal indicativo de que el reato contra el orden económico social en examen sea el objeto de la exclusión de beneficios, ya sea por su gravedad o incidencia social.

Pero si se quiere ahondar en razones, procurando escudriñar el espíritu legislativo respecto al punto, repárese en esta observación:

Se tiene conocimiento oficial de que el Ejecutivo ha presentado a consideración del Congreso de la República el Proyecto de Ley 148 de 2016, dirigido al *"Fortalecimiento de la Política Criminal y Penitenciaria en Colombia, por medio del cual se modifican la Ley 1709 de 2014, algunas disposiciones del Código Penal, el Código de Procedimiento Penal y Carcelario, la Ley 1121 de 2006 y se dictan otras disposiciones"*[21]. Alentado el Gobierno Nacional por la necesidad de enfrentar la palmaria problemática de hacinamiento carcelario y otros temas anejos, decidió oír el concepto de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, cuyos miembros se mostraron partidarios

[17] Que pertenece al Título X Delitos Contra el orden Económico y Social, Capítulo Segundo, De los Delitos contra el Sistema Financiero
[18] Que pertenece al Título VII Delitos Contra el Patrimonio Económico, Capítulo Sexto, De las Defraudaciones.
[19] Que pertenece al Título VII Delitos Contra el Patrimonio Económico, Capítulo Segundo, De la Extorsión.
[20] Que pertenece al Título I Delitos Contra la Vida y la Integridad Personal, Capítulo Segundo, Del Homicidio.
[21] Consultado el 20 de abril de 2018, disponible en las páginas web. http://190.26.211.102/proyectos/images/documentos/Textos%20Radicados/proyectos%20de%20ley/2016%20-%202017/PL%20148-16%20Fortalecimiento%20de%20la%20Politica%20Criminal%20y%20Penitenciaria.pdf http://servoaspr.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.pdf?v_numero=786&v_anog=2016

de eliminar el régimen legal de exclusión de beneficios judiciales y administrativos, en particular de las previsiones prohibitivas del artículo 68A del Código Penal.

A juzgar por la exposición de motivos, el Ministerio de Justicia y del Derecho no desatiende el concepto de autoridad de la alta Corte, pero se inclina por el momento por la revisión del aludido régimen. Pues bien, sin desdeñar el interés jurídico de esa propuesta legislativa en otros tópicos, importa ahora para los fines de este asunto advertir cómo el proyecto en mención se ocupa de relacionar uno a uno los delitos actualmente excluidos en la señalada norma, y en ese trabajo detallado, en la página 11, se enuncia el de *"receptación"*, pero deja entreverse que no se refiere a la del artículo 327C varias veces citado, porque descarta para ese reato la competencia de los juzgados especializados, siendo que el artículo 35 numeral 12 de la Ley 906 de 2004 a dicha autoridad se la asigna. No olvidar que la Ley 1709 de 2014 nació a la vida jurídica a instancia de proyecto presentado por el Ejecutivo Nacional, el mismo que ahora propulsa esta nueva reforma.

Esta conclusión jurídica no es nueva, como que el Tribunal ya tuvo oportunidad de pronunciarse sobre el tema, de este modo:

> *"Pues bien, el legislador consagró en el artículo 68 A, modificado por el artículo 32 de la ley 1709 de 2014, que en punto de tráfico de hidrocarburos y derivados solo estaría proscrita la concesión de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, la prisión domiciliaria, o cualquier otro beneficio judicial o administrativo para los punibles de apoderamiento de hidrocarburos, (establecido en el artículo 327 A) y contrabando de hidrocarburos y sus derivados (establecido en el artículo 319-1 del C.P).*
>
> *Como en dicho listado de prohibiciones no se encuentra la tipología del receptación de hidrocarburos que trata el artículo 327 C del C.P, adicionado por el artículo 1 de la Ley 1028 de 2006, fuerza concluir que hay lugar a la concesión del subrogado penal de la suspensión condicional de la ejecución de la pena al señor EJBD ...".*[23]

Lo antedicho nos conduce a concebir entonces que para el caso que estamos examinando, se darían los llamados presupuestos objetivos exigidos por el artículo 63 del Código Penal para conceder en favor del acusado el subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, con la ya mentada reforma de la Ley 1709, artículo 32, por aplicación del principio de favorabilidad, debido ello a que la pena impuesta será menor de los 4 años de prisión, según visto supra, y además, porque el delito objeto de condena no se encuentra incluido dentro del listado del artículo 68A del Código Penal. Comoquiera que el procesado no registra antecedentes penales, no hay lugar a considerar ninguna condición de índole subjetiva para denegar el beneficio, según así lo manda el numeral 2º *ibídem*.

Se concederá pues al ciudadano EJGR el sustituto penal de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, por un periodo de prueba de 4 años, previo el depósito como caución de la suma de $ 200.000 en la cuenta que tenga disponible el Juzgado de conocimiento, y el cumplimiento de las obligaciones contempladas en el artículo 65 de la codificación penal sustancial, consignadas en acta que suscribirá el beneficiario, que son:

> *"1. Informar todo cambio de residencia.*
> *2. Observar buena conducta.*
> *3. Reparar los daños ocasionados con el delito, a menos que se demuestre que está en imposibilidad económica de hacerlo.*
> *4. Comparecer personalmente ante la autoridad judicial que vigile el cumplimiento de la sentencia, cuando fuere requerido para ello.*

[22] Huelga decir que el aludido proyecto de Ley se erige ya como un documento público de donde puede surgir idóneamente fundamentos de interpretación, para el caso, porque de él se extrae una tendencia legislativa, su espíritu, considerando su historial.
[23] Tribunal Superior de Pasto, Sala de Decisión Penal, Sentencia del 26 de septiembre de 2017, Radicado N.I. 21993, Magistrado ponente SILVIO CASTRILLÓN PAZ.

5. No salir del país sin previa autorización del funcionario que vigile la ejecución de la pena. Estas obligaciones se garantizarán mediante caución."

Basten entonces las anteriores consideraciones, para por un lado, modificar el numeral primero de la sentencia objeto de recurso relacionado con la pena a imponer al señor EJGR que será de 40 meses de prisión, y por otro revocar el numeral tercero de la providencia para en su lugar conceder el subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena en los términos analizados en el presente proveído.

Decisión

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 autoridad de la ley,

Resuelve

Primero.- Modificar el numeral primero de la sentencia de primera instancia, en el sentido de **CONDENAR** al señor **EJGR** a la pena principal de **CUARENTA (40) meses de prisión y multa de QUINIENTOS (500) salarios mínimos legales mensuales vigentes,** a la época en que se infringió la norma penal, como responsable en calidad de COAUTOR del delito de **RECEPTACIÓN DE HIDROCARBUROS.**

La pena de multa es a favor del Consejo Superior de la Judicatura de conformidad al artículo 42 del Código Penal.

Segundo.- Revocar el numeral tercero de la providencia impugnada y en su lugar **CONCEDER** a favor del señor **EJGR,** el subrogado de la **suspensión condicional de la ejecución de la pena**, por un término de prueba de **cuatro (4) años,** en aplicación favorable del artículo 32 de la Ley 1709 de 2014. Para la materialización del beneficio deberá el condenado suscribir el acta de obligaciones contemplada en el artículo 65 del Código Penal, la cual se garantizará con la prestación de caución prendaria por valor de **doscientos mil pesos ($200.000)**, que deberá consignarse en la cuenta de depósitos judiciales del Juzgado de Conocimiento.

Tercero.- Confirmar en lo demás la providencia objeto de recurso.

Esta decisión se notifica en estrados y se hace saber que contra ella procede el recurso extraordinario de casación.

Cópiese y cúmplase,

FRANCO SOLARTE PORTILLA
Magistrado

BLANCA LIDIA ARELLANO MORENO
Magistrada

SILVIO CASTRILLÓN PAZ
Magistrado

JUAN CARLOS ÁLVAREZ LÓPEZ
Secretario

Patrocinadores

Gobernación
de Nariño
GEKKOLab
¡En Nariño utilizamos tecnologías que aportan al desarrollo social!
Gracias a la Innovación Social para la paz, hacemos realidad los sueños de quienes han vivido los impactos de la guerra. Con la fabricación digital de prótesis superiores, brindamos la oportunidad de reivindicar, el derecho de las y los nariñenses, a una vida digna.
Conoce más sobre este proyecto ingresando a:
pasto.com/gekkolab
GekkoLab

GANA
PASTO
El presupuesto participativo llega a todas las comunas y corregimientos de la capital nariñense
CON GANA, GANAMOS TODOS
Para más información visítanos en nuestras redes sociales
@gobnarino
@CamiloRomero
Gobernación de Nariño
gobnarino
Gobernación de Nariño
Camilo Romero
GOBERNADOR
Gobernador de Nariño le cumple a 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

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

AFILIADOS
PRESTADORES
EMPLEADORES
TENEMOS MÚLTIPLES BENEFICIOS PARA TÍ
Con nuestra app en tu celular podrás realizar trámites fácilmente sin tener que acercarte a nuestras oficinas. Descárgala desde Play Store.
DISPONIBLE EN Google Play
Oficina virtual
oficinavirtual.asmetsalud.org.co
VIGILADO Supersalud
SERVICIO DE ATENCIÓN GRATUITO 018000913876
ASMET SALUD EPS
/asmetsaludeps
@AsmetSalud
/asmetsaludeps
@asmetsalud
...cuida la salud de mi familia !

Ruth Amalfy Ramirez Muñoz
Natalia Ramirez Ortiz

Abogadas

Especialistas en Derecho Público, Administrativo, Contratación Estatal, Disciplinario, Contencioso Administrativo, Responsabilidad Civil, Laboral y Relaciones Industriales

Cra 24 No. 19-33 Of. 501. Edif. Pasto
Plaza. Pasto (Nariño)
Cra 116 No. 18-10, 404E. Cali (Valle)

Tel. (02) 722 74 34
Cel. 3174333313 - 3188067710
E-mail: ruthamalfi@ruthamalfi.com
nataramirezortiz@gmail.com

Javier Goyes Rodríguez
Rosa Inés Goyes Buchely
Juan Pablo Goyes Buchely

ABOGADOS ESPECIALIZADOS

Edificio Pasto Plaza - Oficina 504 - Fax: 092 7225566
Cels: 300 614 4749 - 300 608 3670
javiergoyesabogado@gmail.com
Cra. 24 No. 19 - 33 - Pasto

COMPRA HOY EL SAMÁN DE LA SUERTE
Qué juega a la una y te paga de una !!!

Pregunta en los puntos de venta autorizados de Chance, a nivel nacional.

ChanCe

el samán de la suerte

Transmisiones en vivo por el Canal Uno

JUEGA TODOS LOS DÍAS

12:58 p.m. ▸ Lunes a Sábado
06:58 p.m. ▸ Domingos, Festivos

Conoce los resultados por televisión, en nuestro sitio web o Facebook

AQUÍ TODOS SOMOS UNO

alempresarial
Alianza Empresarial del Cauca S.A.

Carrera 7 # 1N - 28 oficina 508 | Popayán (Cauca)
info@alempresarial.com | (2) 820 21 81
www.alempresarial.com.co | Alempresarial S.A.

LITIGAR HUERTAS & TORRES ABOGADOS

Alfonso Huertas Zura

ABOGADO ESPECIALISTA en **DERECHO PENAL** y **CRIMINOLOGÍA**
Universidad Externado de **Colombia**

Socio de la Firma

DOA ASOCIADOS S.A.S.

ASESORÍAS **JURÍDICAS, FINANCIERAS** y **CONTABLES.**

Ed. Pasto Plaza Of. 217
(2) 723 5361 Pasto Nariño
315 750 2565 - 317 699 2702
litigarhuertastorresabogados@hotmail.com
david.huertas@outlook.com

En 2020: Of. 521
Ed. Pasto Plaza

derechomed@gmail.com

Jhon Jairo Castillo Ponce

Abogado

Especialista en Derecho Médico

320 697 2211

Carrera 25 No. 15 - 62 Of. 204

Edificio Zaguán del Lago - Pasto

Expertos
EN HUMANIDAD
ME LOVE ME RESPECT
Somos
UNIVERSIDAD
Inscríbete
con nosotros
www.unicesmag.edu.co
Conoce nuestro nuevo programa
LIC. QUÍMICA
¡También ahora!
ADMINISTRACIÓN DE EMPRESAS
nocturno
Programas académicos
UNIVERSIDAD CESMAG
TECNOLÓGICOS
GESTIÓN FINANCIERA
6 SEMESTRES
JORNADA NOCTURNA
SNIES 91504 (registro calificado)
CONTABILIDAD Y FINANZAS
6 SEMESTRES
JORNADA DIURNA / NOCTURNA
SNIES 91509 (registro calificado)
ADMINISTRACIÓN DE EMPRESAS
10 SEMESTRES
JORNADA DIURNA / NOCTURNA
SNIES 19787 (registro calificado)
DERECHO
10 SEMESTRES
JORNADA DIURNA / NOCTURNA
SNIES 53939 (registro calificado)
ING DE SISTEMAS
10 SEMESTRES
JORNADA DIURNA / NOCTURNA
SNIES 20376 (registro calificado)
ARQUITECTURA
10 SEMESTRES
JORNADA DIURNA
SNIES 18970 (registro calificado)
LIC. EDUCACIÓN FÍSICA
10 SEMESTRES
JORNADA DIURNA
SNIES 16468 (registro calificado)
CONTADURÍA PUBLICA
10 SEMESTRES
JORNADA DIURNA / NOCTURNA
SNIES 19788 (registro calificado)
PSICOLOGÍA
10 SEMESTRES
JORNADA DIURNA
SNIES 53874 (registro calificado)
ING ELECTRÓNICA
10 SEMESTRES
JORNADA DIURNA
SNIES 90715 (registro calificado)
DISEÑO GRÁFICO
10 SEMESTRES
JORNADA DIURNA
SNIES 19060 (registro calificado)
LIC. EDUCACIÓN INFANTIL
10 SEMESTRES
JORNADA DIURNA
SNIES 106206 (registro calificado)
PROFESIONALES
LIC. QUÍMICA
10 SEMESTRES
JORNADA DIURNA
SNIES 106309 (registro calificado)
#SomosUNICESMAG @unicesmag
* IES SUJETA A INSPECCIÓN Y VIGILANCIA POR EL MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL

alba inés gómez vélez

abogada

Derecho de Familia y de Seguros

carrera 26 n°. 19-07 edif. futuro of. 607

albainesgomez@aligove.com.co

teléfono 7238074 – Pasto - Colombia

·ASESORIAS·
ESPECIALIZADAS

JHORDAN LÓPEZ JURADO

Abogado especialista en derecho público

Se elabora demandas por los siguientes hechos:

- Lesiones o muerte causadas por miembros de las fuerzas militares o Policía Nacional.
- Soldados, Policías muertos o lesionados en prestación de servicio militar obligatorio.
- Falsos positivos por cuenta de las fuerzas militares.
- Negligencias médicas en hospitales, EPS, Centros Asistenciales.
- Personas privadas de la libertad injustamente y que luego fueron absueltas.
- Accidentes de tránsito causados con vehículos oficiales y particulares.
- Fallecidos o lesionados dentro de las cárceles o centros penitenciarios.
- Fallecidos o lesionados, o pérdidas materiales por actos terroristas.
- Muertes o lesiones causadas por minas antipersonales.
- Electrocutados.

Calle 20 No. 24-37 Ofic. 102 - Carrera 24 No. 20-14 Ofic. 402

321 642 3965 lopezjuradoasesorias@gmail.com

Pasto - Nariño

JURISA LTDA.
CONSULTORÍA Y LITIGIOS
DESDE 1992

Consultoría y Representación en Litigios, especializada en Derecho Laboral y de la Seguridad Social, Acciones Constitucionales, Responsabilidad Civil y Administrativa, Derecho de Familia, Derecho Comercial, Derecho Inmobiliario, Derecho Disciplinario y Auditoría Judicial.

www.jurisa.com.co
Edificio Pasto Plaza Of. 521
Cita previa: (2)722 8783 - 315 775 7851

Próximamente en nuestra nueva sede:
7º Piso, Torre de Oficinas, Novacentro,
sector Parque Infantil, Calle 19 Carrera 31,
Pasto - Colombia

RESPONSABILIDAD MÉDICA

César Eduardo Martínez Guerrero

16 Años de Experiencia como Médico Forense

MÉDICO CIRUJANO Universidad Central del Ecuador
ABOGADO Universidad de Nariño
ESPECIALISTA en RESPONSABILIDAD y DAÑO
Universidad Externado de Colombia

35 años como **Médico Cirujano**, **16** de ellos ejerciendo como **Médico Forense** al servicio del **Instituto Nacional** de **Medicina Legal** y **Ciencias Forenses**; experiencia vital para desentrañar la prueba y acreditar ante los jueces el daño a la salud causado, ya sea por **Imprudencia**, **Impericia** y/o **Negligencia**, en la prestación de los servicios médico asistenciales.

- Responsabilidad **Civil**
- Responsabilidad **Penal**
- Responsabilidad **Administrativa**
- Responsabilidad **Ética Disciplinaria**

Cr. **24 19-33** Ed. **Pasto Plaza** Of. **217**
Tel. (2)**7235361 Pasto**, Nariño
Cel. **3104891184** - **3176457321**
estudiojuridicomedicoforense@hotmail.com

En 2020: **Of. 521** Ed. Pasto Plaza

Luis Alberto Ramírez González

Abogado

Universidad del Cauca

Especialista en: Instituciones Jurídico Procesales y Derecho de Familia

Asesorías en:

Derecho Civil, Comercial, Agrario, de Familia y Laboral Individual

Carrera 24 No. 19-33 Edificio Pasto Plaza Oficina 214

Cel. 3154357724 Tel. 7227426

Correo Electrónico: ramirezgonzalezabogado@hotmail.com

San Juan de Pasto

IRE&LAFA S.A.S

NIT 901225420-5

Abogados Especializados

Doctora: ***INES REYES ERASO***

Abogada Especializada Derecho Administrativo

Responsabilidad Civil y Extracontractual

Médica y Hospitalaria

Doctora: ***ANGELA M. BASTIDAS T.***

Especializaciones: Derecho Laboral y Administrativo

Externado de Colombia

Carrera 25 N° 15 - 62 Zaguán del Lago Of. 307 – Pasto

Cel. 3154062976 – 3217158756 -Tel. 7231835

María Angélica Hernández Montenegro

ABOGADA
Especialista en Derecho de Trabajo
Especialista en Derecho Constitucional

300 2730677 - 321 7871308
mahermo27@gmail.com
Calle 24 Bis 6A - 34
Rincón de Santa Cecilia / Ipiales
Calle 13 No. 32 - 55
Edif. Aurora Reservado Apto 501 / Pasto

Clínica Cardioquirúrgica de Nariño
Usted, al cuidado de los expertos
UNIDAD CARDIOQUIRURGICA
Clínica Cardioquirurgica de Nariño es satisfactorio poner al servicio de la Comunidad sus servicios especializados con la mayor seguridad .
Nuestros Servicios
• Cardiología Intervencionista
• Cirugía Vascular Periférica
• Neurorradiología
• Hospitalización
• Radiología e Imágenes Diagnósticas
• Cirugía Cardiovascular
• Electrofisiología
• Cirugía Endovascular
• Unidad de Cuidados Intensivos
• Laboratorio Clínico
• Consulta Especializada
Dirección: Carrera 36 No. 16b - 64 Paraná
PBX: 7244303
Consulta Externa: 316 526 2805
Referencia: 310 3612 956

ÍNDICE

DIGNATARIOS DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PASTO 2018..... 5
MAGISTRADOS QUE INTEGRAN LA CORPORACIÓN PERIODO 2018 7
PRESENTACIÓN 9
LISTA DE JUEZAS Y JUECES Actualizada a 30 de enero de 2019..... 11

JURISPRUDENCIA

SALA CIVIL – FAMILIA

1- CONTRATO DE SEGURO - Nulidad Relativa por Reticencia. /CONTRATO DE SEGURO – Prescripción. / CONTRATO DE SEGURO - Intereses Moratorios 25
2- CESACIÓN DE EFECTOS CIVILES DE MATRIMONIO RELIGIOSO - Causal 3º del art 154 del C.C: Ultrajes, trato cruel y maltratamientos de obra. / VIOLENCIA AL INTERIOR DE LA FAMILIA/ VIOLENCIA PSICOLÓGICA. / DEBERES DE LOS FUNCIONARIOS JUDICIALES – Corresponde a los funcionarios judiciales dictar fallos con Enfoque de Género, respondiendo a las dinámicas internacionales que propenden ya no de forma exclusiva por una igualdad formal entre géneros, sino por materializar escenarios de igualdad real entre hombre y mujer..... 32
3-. SIMULACIÓN – Elementos./ SIMULACIÓN DE CONTRATOS DE COMPRAVENTA - VALORACIÓN PROBATORIA: Prueba Testimonial..... 39
4- RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL POR EL EJERCICIO DE LA ACTIVIDAD PERIODÍSTICA – Elementos. / RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL POR EL EJERCICIO DE LA ACTIVIDAD PERIODÍSTICA – CULPA. / PERJUICIOS MATERIALES – LUCRO CESANTE PASADO. / DAÑO MORAL./ DAÑO A LA VIDA DE RELACIÓN..... 47
5- LA CONCILIACIÓN COMO REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD. / JURAMENTO ESTIMATORIO – OBJECIÓN. / RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL DERIVADA DE UN CONTRATO DE TRANSPORTE DE PASAJEROS – Requisitos. / RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL - CAUSA EXTRAÑA. / RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL DERIVADA DEL EJERCICIO DE ACTIVIDADES PELIGROSAS – Elementos. / RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL DERIVADA DEL EJERCICIO DE ACTIVIDADES PELIGROSAS - SERVICIO PÚBLICO DE TRANSPORTE DE PASAJEROS..... 57
6- PAGARÉ – REQUISITOS. / TÍTULO VALOR EN BLANCO – CARTA DE INSTRUCCIONES: De incumplirse con alguno de los elementos que debe reunir el pagaré, como la determinación de la forma de vencimiento, las instrucciones brindadas por el aceptante, resultan ineficaces. / ACCIÓN CAMBIARIA- Se encuentra sometida a término de Prescripción..... 73
7- PROCESO REIVINDICATORIO – PRESUPUESTOS. / ACCIÓN DE PERTENENCIA - El titular del derecho real de dominio de un inmueble puede adelantar tal acción a efectos de ser declarado judicialmente dueño del mismo. / DEMANDA DE RECONVENCIÓN DE DECLARACIÓN DE PERTENENCIA - PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA ORDINARIA DE DOMINIO: Requisitos..... 81
8- RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL: PERJUICIOS NO PATRIMONIALES - DAÑO A LA VIDA DE RELACIÓN. / PERJUICIOS MORALES. / RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL - COMPENSACIÓN DE CULPAS O COPARTICIPACIÓN CAUSAL: Al prestar un servicio de recreación que comporta un riesgo, la obligación de control y vigilancia recae en el propietario. CAMBIO DE POSTURA DE LA SALA - CONTRATO DE SEGURO DE RESPONSABILIDAD: El asegurador está obligado al pago de los daños de cualquier tipo que se cause al beneficiario del seguro..... 92

SALA LABORAL

1- TRABAJADOR OFICIAL - ESTATUS ADMINISTRATIVO-LABORAL: Aplicación de criterios Orgánico y Funcional

para la clasificación de quienes laboran al servicio de una Empresa Social del Estado. / TRABAJADOR OFICIAL DE EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO - CARGA DE LA PRUEBA: Le corresponde al actor acreditar que su labor estaba destinada al mantenimiento de la planta física hospitalaria o de servicios generales para ostentar tal calidad 105
2- NULIDAD DEL TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL. SALVAMENTO DE VOTO efectuado por la Dra. CLARA INÉS LÓPEZ DÁVILA, frente a la decisión mayoritaria tomada por la sala de decisión laboral del Tribunal Superior de Pasto, dentro del proceso 520013105003 – 2016 – 00289– 01 (150), Magistrado Ponente Dr. JUAN CARLOS MUÑOZ..... 110
3- CONTRATO DE TRABAJO - Elementos./ CONTRATO DE TRABAJO - PRESUNCIÓN LEGAL: Acreditada la prestación personal en beneficio del demandado, le compete a éste desvirtuar dicha presunción. / ACCIDENTE DE TRABAJO - INDEMNIZACIÓN PLENA DE PERJUICIOS: Al incumplir con sus obligaciones de protección y seguridad para con el trabajador, la culpa leve le es imputable al empleador./ SOLIDARIDAD LABORAL DE LA ENTIDAD BENEFICIARIA DE LA OBRA – Cuando ésta no es ajena a sus actividades normales o corrientes..... 115
4- PENSIÓN DE VEJEZ CONFORME EL ACUERDO 049 DE 1990 – Requisitos. / PENSIÓN DE VEJEZ – Para el cómputo de las semanas cotizadas, se debe tener en cuenta los periodos declarados en sentencia judicial. / PENSIÓN DE VEJEZ - El disfrute de esta prestación se encuentra condicionado a la desafiliación al régimen pensional..... 140
5- FUERO SINDICAL – LEVANTAMIENTO DEL FUERO Y PERMISO PARA DESPEDIR: El reconocimiento de la pensión de vejez constituye justa causa de terminación de la relación laboral y da lugar al levantamiento del fuero sindical..... 147
6- DISOLUCIÓN, LIQUIDACIÓN Y CANCELACIÓN DEL REGISTRO SINDICAL – Su procedencia exige la configuración de la causal invocada..... 150

SALA PENAL

1- INASISTENCIA ALIMENTARIA - Elementos Constitutivos. INASISTENCIA ALIMENTARIA - Sustracción sin justa causa de la obligación alimentaria 157
2- PRISIÓN DOMICILIARIA - SUSTITUCIÓN POR LA CONDICIÓN DE PADRE CABEZA DE FAMILIA – REQUISITOS: Deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros de la familia..... 168
3- DEFINICIÓN DE COMPETENCIA – ENTREGA DE BIENES 177
4- DECLARACIÓN DE MENOR ANTERIOR AL JUICIO ORAL – PRUEBA DE REFERENCIA. / DERECHOS DE LOS MENORES VÍCTIMAS DE DELITOS SEXUALES – Prevalencia sobre el Derecho de No Incriminación. / TESTIMONIO DE MENOR VÍCTIMA DE ABUSO SEXUAL – VALORACIÓN. / PRUEBA DE REFERENCIA - El testimonio rendido por el perito, no ostenta tal calidad. /IN DUBIO PRO REO - El grado de certeza lo excluye de plano 183
5- CONTROL MATERIAL DE LA ACUSACIÓN – Al ser un acto de parte no está sujeta a control alguno. / VARIACIÓN DE LA IMPUTACIÓN DE COAUTORÍA A COMPLICIDAD. / CONCURSO DE CONDUCTAS PUNIBLES: Dosificación Punitiva. / PREACUERDO – PRISIÓN DOMICILIARIA - Aplicación en eventos de beneficios por colaboración eficaz./ PRISIÓN DOMICILIARIA: Improcedencia por expresa prohibición legal. / NULIDAD DEL AUTO APROBATORIO DEL PREACUERDO – Vulneración de Garantías Fundamentales 203
6- FUNCIONES DE LA PENA. / LIBERTAD CONDICIONAL – Normatividad aplicable conforme el Principio de Favorabilidad: Artículo 30 de la Ley 1709 de 2014. /LIBERTAD CONDICIONAL – Aplicación de la Sentencia C-757 de 2014, respecto de la expresión "previa valoración de la conducta punible" contenida en el artículo 30 de la Ley 1709 de 2014, en todos aquellos casos en que tal condicionamiento les sea más favorable a los condenados. / LIBERTAD CONDICIONAL – Requisitos 217
7- SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Roles de los Sujetos Procesales./IMPUTACIÓN Y ACUSACIÓN - Facultad exclusiva y excluyente de la Fiscalía General de la Nación./ALLANAMIENTO A CARGOS – CONTROL FORMAL Y MATERIAL POR EL JUEZ DE CONOCIMIENTO. / PRINCIPIO DE ARMONIZACIÓN CONCRETA. / NULIDADES – PRINCIPIOS. / NULIDAD POR VIOLACIÓN DE GARANTÍAS FUNDAMENTALES – Decreto Oficioso por Vulneración del Debido Proceso en Aspectos Sustanciales 229
8- DOSIFICACIÓN PUNITIVA – PROCEDIMIENTO. / DOSIFICACIÓN PUNITIVA: No porque existan circunstancias de menor punibilidad ello conlleva inexorablemente a la imposición de la pena en su expresión mínima, es factible fijar un monto superior siempre que converjan las exigencias de ley./ SUSPENSIÓN CONDICIONAL DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA – Requisitos. / Principio de Favorabilidad. /SUSPENSIÓN CONDICIONAL DE

LA EJECUCIÓN DE LA PENA - RECEPTACIÓN DE HIDROCARBUROS – No figura dentro de la lista de delitos excluidos 247

PATROCINADORES 261

ÍNDICE 275

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