

Boletín del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla



Noviembre 2014

Número 30

1. SALA CIVIL-FAMILIA

ENAJENACIÓN DE ESTABLECIMIENTO DE COMERCIO- Se dispone en principio que su enajenación se efectúe en bloque tal como lo previene el art. 525 del Código de Comercio/
VENTA FRACCIONADA- Cuando no fuere posible, o por convenirlo los contratantes, son susceptibles de ser transferidos también parte de los bienes que integran el establecimiento/
BUENA FE EXENTA DE CULPA- Se requiere por parte del adquirente respecto del conocimiento que tenga del cumplimiento de las obligaciones contables de su enajenante para no ser condenado solidariamente al pago de las obligaciones contraídas

MAGISTRADA SUSTANCIADORA: Dra. VIVIAN VICTORIA SALTARÍN JIMÉNEZ

Causa fáctica: En el presente caso, el recurrente pretende que se declare probada la excepción de “inexistencia de solidaridad entre demandados y frente al demandante”, y consecuentemente se abstenga de continuar la ejecución contra el demandado en relación con la obligación contenida en las facturas de compraventa del establecimiento de comercio allegadas con la demanda ejecutiva inicial.

Extractos: “Señala el artículo 515 del Código de Comercio, que *“Se entiende por establecimiento de comercio un conjunto de bienes organizados por el empresario para realizar los fines de la empresa”*; precepto del cual menester es señalar que *“El conjunto no implica unificación física o material en el sentido de que los bienes que lo integran pierdan su esencia y materia para dar lugar a un cuerpo único. Simplemente están vinculados por un nexo económico: Su destino unitario. Esta cualidad prevalece en todas las relaciones y negocios jurídicos de que sea objeto el establecimiento”*¹.

En este sentido, el conjunto de bienes corporales e incorporeales que conforman el establecimiento de comercio, pasan a ser elementos integrantes del mismo, con una conexión e interdependencia funcional, dirigidas al cumplimiento de su objeto social; sin embargo, no pierden su individualidad, pues la conservación y la transferencia de cada bien puede hacerse en forma conjunta con todos los bienes que integran el negocio, o de manera individual, de acuerdo con la ley de circulación de cada uno de ellos.

¹ Narváez, García José Ignacio. La Empresa y el Establecimiento. Volumen II. Primera Edición 2002. Editorial Legis S.A., p.106-107.

Pues bien, el artículo 516 del Código de Comercio inicia señalando que *“salvo estipulación en contrario, se entiende que forman parte del establecimiento de comercio”* una serie de bienes corporales e incorporeales, que dada tal frase inicial, ha de entenderse que se trata de bienes cuyo aumento o disminución depende de la clase de establecimiento de que se trate conforme a la actividad comercial que realice; pues de acuerdo con esta normatividad, en la formación de un establecimiento puede que no todos concurren, o no todos los que le sean necesarios se encuentren comprendido en el aludido listado, o no todos revisten la misma importancia; de manera que es posible afirmar que los componentes de un establecimiento varían según sea la actividad económica que se explote.

De otra parte, tenemos que el conjunto de bienes de un establecimiento, no conforma un simple inventario físico, sino una unidad de explotación económica, donde su recíproca conexión y funcionabilidad generan una plusvalía; la cual existe en la medida en que es explotada, y subsiste hasta que la actividad económica generadora de riqueza se desarrolle.

En este orden de ideas, tenemos que por consistir el establecimiento de comercio una unidad de explotación económica que resulta importante para preservar las fuentes de empleo, de producción y comercialización de bienes y servicios, se dispone en principio que su enajenación se efectúe en bloque, tal como lo previene el art. 525 del Código de Comercio; y es en esa forma que se presume su transferencia, *“...sin necesidad de especificar detalladamente los elementos que lo integran”* conforme a lo dispuesto por el art. 516 de dicha codificación. Sin embargo, ello no es absoluto, pues en aquellos casos en que no resulte posible efectuar la enajenación de esa forma, le ley permite que sus elementos puedan ser negociados individualmente, como se evidencia en el art. 517 ibídem; enajenación que puede realizarse a través de los diversos modelos contractuales nominados e innominados con los que cuenta nuestro ordenamiento jurídico; es decir, por compraventa, permuta, donación entre vivos, pago por cesión de bienes, dación en pago, etc., pues así lo permite el art. 525 citado cuando dispone que ello puede realizarse *“a cualquier título”*.

Sobre este particular, encontramos que *“En la enajenación del establecimiento es posible, sin desmembramiento de la unidad de explotación económica y su organización, excluir la enseña, las marcas de productos y de servicios, las patentes de invención, los créditos y demás valores similares, la totalidad o parte de los activos circulantes y los contratos de ejecución instantánea, periódica o diferida, que hayan sido celebrados en consideración al empresario. En cambio, no son susceptibles de exclusión los elementos absolutamente necesarios para realizar la actividad de producción, transformación, distribución, circulación o administración de bienes y prestación de servicios que a través del establecimiento se ofrecen al mercado, ni los derechos y obligaciones mercantiles derivados de las actividades propias del establecimiento no generados en contratos intuitu personae, porque son elementos que conforman la unidad de explotación económica y su coherencia de hecho (art. 516 ord. 7º)”*².

Fluye de las precedentes consideraciones que, en principio, la enajenación de un establecimiento debe abarcar la totalidad de los bienes y derechos consagrados en el Artículo 516 del Código de Comercio arriba mencionado, pues el legislador ha reconocido acertadamente que el valor del establecimiento de comercio se halla supeditado a su composición, a los bienes que lo integran y los derechos que su propietario ha adquirido a través del desarrollo de su actividad, de manera que, siendo este conjunto una unidad, es

² Ib. P.120.

esperable que la estimación del precio acordado en la venta los incluya a todos ellos y resulte de allí una cifra total que sirva de base única para el acuerdo; sin embargo cuando ello no fuere posible, o por convenirlo los contratantes, son susceptibles de ser transferidos también parte de los bienes que integran el establecimiento, que cuando son los esenciales para que éste prosiga en funcionamiento, ha de presumirse legalmente que la enajenación se efectuó en bloque o unidad económica.

En la negociación de los establecimientos de comercio, el artículo 528 consagra un caso de solidaridad pasiva, consistente en que el adquirente de los mismos asume responsabilidad solidaria con el enajenante, por todas las obligaciones contraídas en desarrollo de los negocios realizados en el marco de la realización del objeto social, hasta el día de la enajenación, si constan en los libros de contabilidad; y las que allí no estuvieren registradas serán de cargo del enajenante, cuya responsabilidad cesa después de transcurridos dos meses de la inscripción de la enajenación en el registro mercantil. Sin embargo, no es descartable que el adquirente deba demostrar buena fe exenta de culpa, so pena de responder solidariamente con el enajenante de tales obligaciones, según las voces del art. 529 del Código de Comercio.

Al analizar la exequibilidad de un aparte del artículo 529 del Código de Comercio, la Corte Constitucional en sentencia C-963 del 1º de Diciembre de 1999, señaló en relación con la exigencia de buena fe exenta de culpa que debe observar el adquirente de un establecimiento de comercio, lo siguiente:

“Los artículos 525 a 531 del estatuto mercantil señalan las reglas y efectos que se desprenden de la enajenación de un establecimiento de comercio. Así, se establece una presunción que considera que la transferencia del aludido establecimiento, a cualquier título, se hace en bloque o como unidad económica, sin necesidad de especificar detalladamente los elementos que lo integran -artículo 525 C.Co.-. Por regla general, tanto el enajenante como el adquirente responden solidariamente de todas las obligaciones que se hayan contraído hasta el momento de la enajenación, en desarrollo de las actividades a que se encuentre destinado el establecimiento, y que consten en los libros obligatorios de contabilidad -Cfr. artículo 528 inciso 1º C.Co.-. Sin embargo, la responsabilidad del enajenante cesará transcurridos dos meses desde la fecha de la inscripción de la enajenación en el registro mercantil siempre y cuando (a.) se haya dado aviso de la transferencia a los acreedores y (b.) no exista oposición -expresada durante el mismo término de los dos meses, ya señalado-, por parte de los acreedores a aceptar al adquirente como su deudor -artículo 528 inciso 2º-. La expresión acusada de la norma mercantil demandada no contraviene el artículo 83 de la Constitución, ni ninguno otro del mismo ordenamiento, pues no se parte del supuesto de la mala fe del comerciante -como equivocadamente lo señala el actor-, sino que por el contrario, se impone al adquirente la obligación de asumir una conducta diligente, oportuna, activa, libre de culpa, so pena de resultar solidariamente responsable por las acreencias del establecimiento que no figuren en los libros de contabilidad”.

Y con relación a la obligación de registrar las deudas que tenga el enajenante en los libros de contabilidad que ha de exigir el adquirente, señaló en la misma sentencia:

“La contabilidad mercantil, concretamente expresada en el deber de llevar con rigor ciertos libros -Cfr. artículo 19 C.Co.-, no tiene un propósito puramente instrumental o adjetivo, puesto que es elemento esencial que se dirige a contribuir al adecuado manejo de la información concerniente al establecimiento de comercio. La verificación del contenido de dichos documentos en todo momento, pero especialmente cuando se efectúa el negocio de enajenación, resulta de

capital importancia, pues es la base de la revisión del estado financiero de la empresa, y del cumplimiento de los compromisos adquiridos frente a terceros y frente al Estado. Se trata de un deber que trasciende el contenido de un simple traspaso material de inscripciones, siendo necesario que el adquirente acuda a todos los medios necesarios para conocer integralmente la situación de la empresa que ha de adquirir, a tal punto que pueda demostrar que actuó con toda la competencia que su profesión le indica para tener conocimiento cierto de todos los compromisos del establecimiento –estén o no incluidos en los libros contables–.

Análisis del caso concreto.-

(...)

Es así, que consta en el proceso, que la señora MARTHA CECILIA CORREA CASTRO, propietaria de los establecimientos de comercio denominados SUPER DROGAS LA CASTELLANA, adeuda a la sociedad UNIDROGAS S.A., la suma de \$203.245.482,00 por concepto de suministro de mercancías para el surtimiento del inventario de productos que expendían dichos establecimientos, según se aprecia en las facturas cambiadas de compraventa anexadas a la demanda ejecutiva (fls.30-375 1er cdno.ppal), expedidas entre Junio 20 de 2008 hasta Septiembre 6 de ese mismo año, con vencimientos desde Julio 20 de 2008 hasta Octubre 6 de 2008, lo que no ha sido objeto de cuestionamiento.

También está demostrado, con la afirmación que al respecto efectuó el ejecutado TILSÓN ANTONIO MENDOZA LOBO al contestar la demanda y con prueba documental adosada a la misma (fls.10-155, 2º cdno ppal), que éste adquirió de la demandada MARTHA CECILIA CORREA CASTRO, por dación en pago, *“...de manera real, pura y simple el derecho de propiedad y posesión material que tiene,...de todos los elementos constitutivos de la oficina ...ubicados en el inmueble de la carrera 45 No.48-64 de la ciudad de Barranquilla, así como también la totalidad de las mercancías constituidas por medicinas varias, depositadas en la bodega del inmueble en mención y en los diferentes puntos de venta que la obligada posee en cinco (5) sitios diferentes de la ciudad de Barranquilla”*; bienes y enseres que los contratantes relacionaron en inventario que fue anexado al contrato aludido, y a los que fijaron un precio de \$437.000.000,00.

También se halla probado, que en el mencionado contrato las partes acordaron que el adquirente gestionara ante los arrendadores de los locales donde funcionaban los establecimientos de comercio, la continuidad de dichos contratos, y se observa, con los certificados de comerciantes de los demandados, expedidos por la Cámara de Comercio de Barranquilla (fls.27-29/376-377 1er cdno ppal) que en efecto, en esos mismos lugares funcionan los establecimientos de comercio de propiedad del adquirente TILSÓN MENDOZA LOBO, denominados DROGUERÍA MEDICAMENTOS DE LA COSTA, cuyo objeto social es el mismo de los establecimientos registrados de propiedad de la enajenante MARTHA CORREA CASTRO, de compra y venta de medicamentos al por mayor y al detal; es decir, que se mantiene la clientela que otrora tenían dichos establecimientos cuando funcionaban con el nombre de SUPER DROGAS LA CASTELLANA.

Estas circunstancias permiten evidenciar, que aunque en la enajenación de los establecimientos de comercio de la señora MARTHA CORREA CASTRO al señor TILSÓN MENDOZA LOBO, en el contrato respectivo no se indicó de forma expresa que esa era la negociación que se realizaba, ello no resulta necesario de acuerdo con las previsiones del artículo 525, para considerar que esa fue el negocio que se efectuó, puesto que de una parte para que un establecimiento de comercio sea transferido no se requiere que todos los elementos integrantes del mismo queden incluidos en la transacción, pues basta que aquellos

que son indispensables hayan sido objeto del contrato; y de otra parte, teniendo en cuenta que lo enajenado fue *“el derecho de propiedad y posesión material que tiene,...de todos los elementos constitutivos de la oficina... como también la totalidad de las mercancías constituidas por medicinas varias, depositadas en la bodega del inmueble en mención y en los diferentes puntos de venta que la obligada posee en cinco (5) sitios diferentes de la ciudad de Barranquilla”* ha de presumirse, con fundamento en la norma antes citada que la enajenación fue *“...hecha en bloque o como unidad económica...”*; lo que se corrobora que fue así porque en los mismos locales donde funcionaban los establecimientos de comercio dedicados a la compra y venta de medicamentos, funcionan ahora los negocios del demandado TILSÓN MENDOZA LOBO con igual objeto social; de donde surge nítido que lo enajenado fueron los establecimientos de comercio, como tales, no sus elementos escindidos.

Así las cosas, observamos que en efecto, por el modo de la dación en pago, se produjo la enajenación de los establecimientos de comercio de la señora MARTHA CORREA CASTRO al señor TILSÓN MENDOZA LOBO, y como quiera que para que este último pudiera exonerarse ante terceros de responder por las obligaciones que la enajenante hubiere contraído por razón de las actividades económicas del establecimiento, debía actuar de manera prudente, diligente, activa, libre de culpa, es decir, con buena fe cualificada o exenta de culpa³, exigiendo que las obligaciones que anteladamente hubiere contraído la enajenante estuvieren registradas en los libros de contabilidad que ésta debía llevar, y que se diera a los acreedores de la enajenante el aviso de que trata el art. 528, inc. 2º, numeral 1º del Código de Comercio, directamente y a través de publicación en prensa escrita nacional y local; y no demostró el demandado TILSÓN ANTONIO MENDOZA LOBO haber actuado con buena fe exenta de culpa, pues a pesar de haber alegado no tener responsabilidad en el pago de la deuda que se cobra ejecutivamente, no allegó prueba demostrativa de que la obligación de marras no hubiere sido consignada por la señora MARTHA CECILIA CORREA CASTRO en los libros de contabilidad que debían serle entregados, y tampoco que se hubiere notificado la enajenación del establecimiento de comercio a los acreedores de aquella, para dar oportunidad a éstos de pronunciarse acerca de la enajenación; por lo que precisa considerar que el adquirente ha de responder solidariamente con la enajenante de las obligaciones que ésta haya adquirido frente a terceros. En tales circunstancias, se impone la revocatoria de los puntos de la sentencia de primera instancia que fueron objeto de cuestionamiento por la parte demandada, para en su lugar declarar no probada la excepción de mérito que había sido declarada por el juez a-quo, con las consecuencias que de ello deviene.

Cabe señalar que en este asunto, contrariamente a lo estimado por el juez a-quo, no se trata de develar un negocio simulado, sino de dar al negocio realizado entre los señores MARTHA CORREA CASTRO y TILSÓN MENDOZA LOBO de dación en pago de los establecimientos de comercio de propiedad de la primera a favor del segundo, la connotación jurídica que tiene, con fundamento en los preceptos tantas veces referenciados, del Código de Comercio, relativos a la enajenación de este tipo de negocios.”

FUENTE NORMATIVA: Artículos 515-517, 525, 528-529 Código de Comercio. Corte Constitucional: Sentencia C-963 de 1º de Diciembre de 1999, Artículos 306 y 357 C.P.C.

DEMANDANTE: Unión de Droguistas de los Santanderes Sociedad Anónima Comercial “Unidrogas S.A.”

DEMANDADOS: Martha Cecilia Correa Castro y Tilson Antonio Mendoza Lobo

³ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de Junio 23 de 1958. M.P. Arturo Valencia Zea.

FECHA: SEPTIEMBRE 15 DE 2014

RADICACIÓN: 08-001-31-03-013-2008-00283-01 **(37.592)**

DECISIÓN: Revoca numerales 1° y 2° providencia apelada.

SOLIDARIDAD ENTRE DEMANDADO Y ASEGURADORA- figura jurídica del llamamiento en garantía no supone solidaridad alguna entre el llamante y el llamado en garantía/
CONDENA AL LUCRO CESANTE FUTURO-Para su cuantificación debió tomarse el porcentaje de la pérdida de la capacidad laboral del actor y no el ciento por ciento (100%) del mismo monto salarial/**DICTAMEN PERICIAL-**Error de hecho

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: Dr. DIEGO OMAR PÉREZ SALAS

Causa Fáctica: En el presente caso, la parte recurrente alega que la condena pecuniaria que pesa sobre ella se hizo de forma solidaria con el demandado vulnerando así las reglas que comportan la figura del llamamiento en garantía. De igual forma, solicita se desestime la prueba pericial que condena por lucro cesante bajo la totalidad del salario devengado por la víctima.

Extractos: “El apoderado de los demandantes apela de la sentencia de primer grado única y exclusivamente en lo relacionado con la decisión contenida en el numeral 5 de la parte resolutive de la sentencia de 19 de diciembre de 2013, en el cual se condena a la aseguradora llamada en garantía a cancelar solidariamente con el demandado, Rubén Darío Calderón Basto, el valor de las condenas irrogadas por daños materiales y morales, hasta el monto de cien millones de pesos (\$100.000.000), pues, considera el censor que aquí tal condena a la aseguradora La Previsora S.A., ha debido extenderse hasta la cuantía de doscientos millones de pesos (\$200.000.000), porque en este asunto fueron más de dos (2) las personas lesionadas y reconocidas como víctimas a causa del accidente de tránsito, tal como se registra en la misma sentencia recurrida que establece indemnizaciones a favor de cada una de ellas por los daños morales ocasionados; y por su lado, el representante judicial de la llamada en garantía, La Previsora S.A., compañía de seguros, enfila su ataque en dos aristas, la primera, relacionada con la condena solidaria que contiene la sentencia en el numeral 5 de la parte resolutive, como quiera que, tal condena al pago de los perjuicios, en forma solidaria con el demandado Rubén Darío Calderón Basto, es ilegal, pues contraviene la figura jurídica del llamamiento en garantía, que no supone solidaridad alguna entre el llamante y el llamado en garantía, la segunda, en punto de la cuantificación de la condena al lucro cesante futuro que contiene la sentencia, bajo la argumentación cardinal de la equivocación en el cálculo que hizo el perito de esa especie de daño patrimonial sin tener en cuenta que la víctima directa del accidente señor Alex Bermúdez perdió su capacidad laboral en el 82.05%, y por lo mismo, considera que tal condena debe ser reducida a la cantidad de \$84.664.475, que el impugnante calcula según la fórmula que presenta en su escrito de alzada.

Delimitada la actividad del Tribunal por el preciso contenido de las alzadas propuestas por la parte actora y por la aseguradora La Previsora S.A., llamada en garantía, la Sala, se ocupa de inmediato de su estudio y decisión para lo cual se realizan las siguientes reflexiones y conclusiones jurídico probatorias:

Los poderes especiales, la demanda en sus hechos y pretensiones, las pruebas documentales relacionadas con las lesiones corporales sufridas por la víctima directa del accidente de

tránsito ocurrido en esta ciudad el 16 de marzo de 2008, el informe técnico de medicina legal, arrimadas con la demanda, colocan de presente sin asomo de duda que el accidente de tránsito ocurrido la calenda citada, imputable al demandado, Rubén Darío Calderón Basto, conductor y propietario del automotor de placas UYU - 894, sólo causó lesiones en la humanidad del joven Alex Manuel Bermúdez Caro, y, por lo mismo, solo existe una persona lesionada, víctima directa del hecho dañoso, de tal suerte que, para los efectos derivados o asociados al contrato de seguro de responsabilidad civil extracontractual (póliza N° 1007517), soporte del llamamiento en garantía que hizo el demandado, Rubén Darío Calderón Basto (cuaderno 2), es lo cierto que la aseguradora, de resultar viable el llamamiento en garantía, respondería por el amparo denominado **muerte o lesión una persona** por valor asegurado de cien millones de pesos (\$100.000.000), y no como lo pretende el censor por la muerte o lesión de dos o más personas cuyo valor asegurado corresponde a la cuantía de doscientos millones de pesos (\$200.000.000), aspiración y censura equivocada de éste apelante puesto que en verdad y en rigor, se repite, el hecho dañoso configurado por el accidente de tránsito de 16 de marzo de 2008, sólo trajo como consecuencia lamentable las lesiones corporales causadas únicamente al joven Bermúdez Caro, según se demuestra con las probanzas documentales anexas a la demanda (informe técnico de medicina legal, epicrisis de la historia clínica de Alex Manuel Bermúdez Caro, expedida por la Organización Clínica General del Norte, certificado de la Clínica Cervantes Barragán Ltda.), y por tanto, para los efectos propios del llamamiento en garantía y por ende de la obligación de la aseguradora, está parte procesal, de salir adelante el llamamiento con fundamento en la póliza de seguro N° 1007517, respondería, se repite, por el amparo llamado, muerte o lesión una persona que tiene como valor asegurado, se insiste, la cuantía de cien millones de pesos (\$100.000.000).

El hecho cierto de que la sentencia de primera instancia reconozca como víctimas de rebote a los otros demandantes, familiares de la víctima directa, señor, Alex Manuel Bermúdez Caro, no supone ni significa, per se, que tales actores sean considerados a efectos del seguro de responsabilidad civil – fuente del llamamiento en garantía – como personas lesionadas corporalmente; lesiones corporales en personas naturales que configura el amparo contratado según se establece en la póliza individual del seguro de automóviles que cubre al demandado, Calderón Basto, en calidad de asegurado (véase la póliza N° 1007517, folio 6 cuaderno 2), de tal suerte que, el motivo de apelación de la parte demandante está condenado el fracaso como se decidirá en esta sede.

En lo que atañe a las réplicas que componen la alzada de la aseguradora llamada en garantía, La Previsora S.A., compañía de seguros, la Sala, de entrada, afirma con rotundidad que ciertamente no existe solidaridad legal ni convencional entre el demandado condenado al pago de perjuicios, llamante en garantía, y la aseguradora llamada en garantía, pues, la figura del llamamiento en garantía no establece en modo alguno la solidaridad que predica la sentencia recurrida, como quiera que, tal figura tiene una estructura y finalidad distinta a la entendida por la juzgadora a-quo.

En efecto, en primer lugar, póngase de presente que en la ocurrencia del hecho dañoso escrutado en el proceso – accidente de tránsito que causó las lesiones corporales de la víctima directa – no existe participación de la aseguradora que permitiera deducir la responsabilidad solidaria en la materialización del daño, caso en el cual, surgiría la solidaridad entre los partícipes del delito o culpa cometido, según las voces del artículo 2344 del Código Civil, y, adicionalmente, la afirmada solidaridad entre el reo y la llamada en garantía pregonada en la sentencia tampoco surge de la normativa que disciplina la figura, pues ésta se orienta a

que el tercero obligado por ley o por el contrato, pague la indemnización del perjuicio que llegue a sufrir quien hace el llamamiento, o, reembolse total o parcialmente el valor del pago que tuviere que hacer el llamante como resultado de la sentencia, según se infiere con nitidez del artículo 57 del C.P.C., sin que por tal circunstancia pueda predicarse la existencia de solidaridad entre el llamante (aquí el demandado), y la llamada en garantía, como equivocadamente se señala en el numeral 5 de la parte resolutive de la sentencia atacada.

A propósito de lo afirmado en el párrafo precedente, recuérdese que son distintas las relaciones jurídicas que surgen entre el demandante y el demandado, frente a las que se establecen entre el llamante en garantía – demandante o demandado – y el llamado, razón por la cual se entiende que no necesariamente “...siempre que el demandado sea condenado, el llamado en garantía está obligado a indemnizar o reembolsar, debido a que perfectamente puede acontecer que no surja obligación alguna a su cargo...”⁴, y por tanto, la relación entre el llamante y el llamado en garantía no supone solidaridad alguna frente al pago de la indemnización a cargo del demandado; de ahí que ciertamente por éste aspecto se abre paso la censura formulada por la aseguradora, lo cual determinará la revocatoria del citado punto quinto (5) de la parte resolutive de la sentencia apelada, para en su lugar, ordenar aplicar en su correcto sentido y alcance el mandato contenido en el artículo 57 del C.P.C.

La segunda arista de la impugnación de la llamada en garantía relacionada, exclusivamente, con la cuantificación del lucro cesante futuro que compone una de las condenas irrogadas en la sentencia (numeral 2 de la parte resolutive), igualmente será acogida por el Tribunal porque la sentencia recurrida acogió sin reflexión alguna, en forma acrítica, sin escrutinio serio, las conclusiones del dictamen pericial que milita en el proceso (folios 135 a 137 cuaderno 3), de tal suerte que pasó de largo el yerro cometido por el perito en su cálculo del lucro cesante futuro (folio 137 cuaderno 3), consistente en tomar como salario base para su liquidación el cien por ciento (100%) de la cuantía de aquél (\$535.600), sin considerar, debiendo hacerlo, que para tales fines está probado por el dictamen de calificación de la pérdida de la capacidad laboral y determinación de la invalidez, expedido por la junta regional de calificación de invalidez del Atlántico (cuaderno 3 sin foliatura visible), que la pérdida de capacidad laboral total del demandante Alex Manuel Bermúdez Caro, asciende al 82.05%, y por tanto, luce coruscante que el cálculo del lucro cesante ha debido tener como base salarial el 82.05% del salario devengado por la víctima directa del daño y no el ciento por ciento (100%) del mismo monto salarial (\$535.600), y por lo mismo, el yerro de hecho en el dictamen pericial es patente y merece su corrección en esta sede como lo pide con acierto el recurrente⁵.

Puestas así las cosas, será menester calcular de nuevo el lucro cesante futuro, considerando eso sí algunos datos consignados en el dictamen pericial que milita en el plenario, tales como, la edad de la víctima al momento del accidente (25 años), los años de vida probable de la víctima directa según la tabla de la súper financiera (51.04 años), y el monto del salario para el año 2011, pero no en su totalidad, (\$535.600) sino en el 82.05% del mismo (\$439.459), y obvio utilizando la fórmula que se acoge por la jurisprudencia, así:

⁴ Hernán Fabio López Blanco, Instituciones de Derecho Procesal Civil Colombiano, Tomo I, Parte general, página 345, Bogotá 2005. El mismo autor propone el siguiente ejemplo para ilustrar su pensamiento: “Piénsese en el caso de quien llamó en garantía a una aseguradora debido a que se demandó exigiendo el pago de una indemnización por los daños que ocasionó al estrellar con su vehículo una casa y contaba con un seguro de responsabilidad civil extracontractual. Si se produce la condena del demandado esto no significa que mecánicamente surja la responsabilidad del llamado en garantía, pues bien puede acontecer que de acuerdo con las condiciones del contrato de seguro no exista obligación de reembolsar lo que debe pagar el demandado...”

⁵ Sobre la liquidación del perjuicio por lucro cesante futuro véase, Corte Suprema de Justicia, Casación Civil, 20 de enero de 2009, Expediente 170013103005-1993-00215-01, M.P.: Pedro Octavio Munar Cadena.

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

Donde **VA** es el valor actual del lucro cesante futuro; **LCM** es el lucro cesante mensual (\$439.459); **n** es el número de meses de incapacidad futura (571.48); **i** es la tasa de interés de 0.004867 mensual. Y aplicada esa fórmula al presente caso, se obtiene como resultado la suma de \$84.664.475⁶.

Se puntualiza por la Sala que la corrección que se hace sólo cobija el rubro reclamado expresamente por la aseguradora recurrente (lucro cesante futuro), sin que sea posible para la corporación la revisión oficiosa de otros ítems que integran la condena fulminada en la sentencia apelada, puesto que el censor limitó su ataque a ese específico elemento que integra la condena, razón por la cual en el caso presente al monto señalado como lucro cesante futuro (\$84.664.475), se debe adicionar el lucro cesante consolidado previsto en la sentencia (\$20.941.100), para un total por lucro cesante, consolidado y futuro, por la cantidad de (\$105.605.575), con el agregado cierto de quedar incólume el monto de la condena por daño emergente establecido en la sentencia combatida en la suma de \$586.865, al igual que las condenas por daños morales a favor de la víctima directa (\$30.000.000), y las restantes víctimas de rebote, en las cantidades previstas en los numerales 3 y 4 de la parte resolutive de la sentencia venida en alzada, pues tales condenas no son reprochadas por la recurrente.”

FUENTE NORMATIVA: Artículo 2344 Código Civil y artículo 57 del C.P.C.

DEMANDANTE: Alex, Samira, Mónica y Enilsa Bermúdez Caro

DEMANDADO: Rubén Darío Calderón Basto.

FECHA: Noviembre 11 de 2014

RADICACIÓN: 08-001-31-03-014-2009-00027-01/ **38.120**

DECISIÓN: Modifica sentencia apelada.

2. SALA LABORAL

PENSIÓN ESPECIAL DE VEJEZ DE MADRE TRABAJADORA POR HIJA DISCAPACITADA-

No reunió el requisito mínimo de semanas exigidas por el Legislador/**REGIMEN DE TRANSICIÓN**-Resulta aplicable en virtud del principio de favorabilidad laboral consagrado en la Constitución

MAGISTRADA SUSTANCIADORA: Dra. CLAUDIA MARÍA FANDIÑO DE MUÑIZ

Causa fáctica: En el presente caso, la parte demandante pretende se reconozca la prestación especial de vejez por tener a su cargo una hija discapacitada de nacimiento, pues considera que reúne los requisitos para acceder a dicho beneficio pensional.

Extractos: “En el presente caso no es objeto de discusión la calidad de hijo inválido de la afiliada, ni que ostente la calidad de madre de familia, como tampoco la dependencia económica de su hijo inválido, sino que se circunscribe en determinar si reúne los requisitos

⁶ Fórmula de liquidación de lucro cesante futuro usada por la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia citada en precedencia. También la Sala consulta para efectos de la liquidación de lucro cesante futuro el texto, liquidación de perjuicios y ajuste de pérdidas de seguros, publicado por Oscar Marín Martínez, Editorial Ibáñez, 2013, página 82, al igual que la obra, tratado de responsabilidad civil, Javier Tamayo Jaramillo, Tomo II, Editorial Legis, 2007, página 951.

de semanas cotizadas para acceder a la pensión de vejez.

Por lo tanto, para sustentar la tesis planteada por la Sala debemos primeramente traer a colación cuales son los requisitos exigidos para acceder a la pensión especial de vejez por hijo discapacitado, consagrados en el parágrafo 4° del artículo 9 de la Ley 797 de 2003, que modificó el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, en el que se establece:

“La “madre” trabajadora cuyo hijo ~~menor de 18 años~~ padezca invalidez física o mental, debidamente calificada y hasta tanto permanezca en este estado y continúe como dependiente de la madre, tendrá derecho a recibir la pensión especial de vejez a cualquier edad, **siempre que haya cotizado al Sistema General de Pensiones cuando menos el mínimo de semanas exigido en el régimen de prima media para acceder a la pensión de vejez.** Este beneficio se suspenderá si la trabajadora se reincorpora a la fuerza laboral. Si la madre ha fallecido y el padre tiene la patria potestad del menor inválido, podrá pensionarse con los requisitos y en las condiciones establecidas en este artículo. (Negrilla fuera de texto) *(Texto subrayado declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante [Sentencia C-227 de 2004](#)) (La expresión “madre” del inciso 2° del parágrafo 4° del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, fue declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional, mediante [Sentencia C-989 de 2006](#), en el entendido, que el beneficio pensional previsto en dicho artículo se hará extensivo al padre cabeza de familia de hijos discapacitados y que dependan económicamente de él.) [sentencia C-758 de 2014](#) Declarar **EXEQUIBLE**, por el cargo formulado en la presente demanda, la expresión “siempre que haya cotizado al Sistema General de Pensiones cuando menos el mínimo de semanas exigido en el régimen de prima media para acceder a la pensión de vejez”, que hace parte del inciso segundo del parágrafo 4° del artículo 33 de la Ley 100 de 1993 “por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones” - modificado por el artículo 9° de la Ley 797 de 2003-, en el entendido de que el beneficio pensional previsto en dicha norma, debe ser garantizado tanto a los padres y las madres afiliados al Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, como a los padres y las madres afiliadas al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad).”*

En varias oportunidades la Corte Constitucional se ha pronunciado sobre la constitucionalidad y propósitos de la pensión especial de vejez⁷, resaltando en sentencia la sentencia **C-227 de 2004**, que el objetivo de la pensión especial de vejez “es facilitarle a las madres el tiempo y el dinero necesarios para atender a aquellos hijos que están afectados por una invalidez física o mental, que no les permita valerse por sí mismos, y que dependen económicamente de ellas. Con el beneficio creado por la norma se espera que las madres puedan compensar con su cuidado personal las insuficiencias de sus hijos, para impulsarlos en su proceso de rehabilitación o para ayudarlos a sobrevivir en una forma digna”. Y que “Este tipo especial de pensión constituye una excepción a la exigencia general de haber alcanzado una determinada edad (en este momento, 60 años los hombres y 55 las mujeres) para poder acceder a la pensión de vejez. Es decir, la norma hace posible que las madres – o los padres – de las personas que padecen una invalidez física o mental puedan acceder a la pensión sin importar su edad”⁸.

En la misma sentencia declaró inexequible la previsión normativa “menor de 18 años”, contenida en el artículo 33 parágrafo 4 inciso 2 de la ley 797 de 2003, en cuanto limitaba el beneficio pensional a las madres o padres de hijos menores edad.

Posteriormente, en sentencia **C-989 de 2006**, estudió la constitucionalidad de la expresión “madre”, consagrada en el inciso 2 del parágrafo 4 del artículo 9 de la Ley 797 de 2003, declarando la exequibilidad condicionada de la expresión, “**en el entendido**, que el beneficio

⁷ Corte Constitucional, sentencias C-294 de 2007, C-989 de 2006, C-1024 de 2004, C-227 de 2004 y C-073 de 2004.

⁸ Corte Constitucional, sentencia C-227 de 2004.

*pensional previsto en dicho artículo **se hará extensivo** al padre cabeza de familia de hijos discapacitados y que dependan económicamente de él”.*

En conclusión, la pensión especial de vejez contemplada en el inciso 2 del párrafo 4 del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, debe ser otorgada si se satisfacen los siguientes presupuestos: **(i)** que la madre o padre de familia haya cotizado al sistema general de pensiones cuando menos el mínimo de semanas exigido en el régimen de prima media para acceder a la pensión de vejez; **(ii)** que la discapacidad mental o física del hijo haya sido debidamente calificada; y **(iii)** que exista dependencia económica entre quien sufre la discapacidad y el afiliado al Sistema.

A su turno, para mantener este beneficio pensional: *(i)* el hijo del cotizante debe conservar su estado de discapacidad; *(ii)* la relación de dependencia económica del hijo discapacitado con la madre o padre debe persistir; y *(iii)* el padre pensionado ha de permanecer por fuera del mercado de trabajo.

Respecto al primero requisito, esto es, que la madre o padre de familia, haya cotizado al sistema general de pensiones cuando menos el mínimo de semanas exigido en el régimen de prima media para acceder a la pensión de vejez, ha de advertirse que en principio de dicha norma se infiere válidamente que hace referencia a las semanas de cotización exigidas en el Sistema General de Pensiones regulado por la Ley 100 de 1.993 modificado por la Ley 797 de 2003, por ser la norma que expresamente consagró dicha pensión especial.

Al respecto sea lo primero indicarle al recurrente que la norma que consagra la pensión especial de vejez por hijo discapacitado, en ninguno de sus apartes señala que la pensión se causa con 1.000 semanas como si lo prevé expresamente frente a las personas que padecen una deficiencia física, síquica o sensorial del 50% o más, que cumplan 55 años de edad y que hayan cotizado en forma continua o discontinua 1000 o más semanas al régimen de seguridad social establecido en la Ley 100 de 1993.

Por lo tanto, como lo exigido es que el afiliado (madre o padre) haya cotizado al Sistema General de Pensiones cuando menos el mínimo de semanas exigido en el régimen de prima media para acceder a la pensión de vejez, es a dicho régimen al que se debe acudir con el fin de determinar cuántas semanas se deben acreditar.

Es así como el artículo 33 numeral 2 de la ley 100 de 1993 indica que “*para tener el derecho a la pensión de vejez, el afiliado deberá reunir las siguientes condiciones: (...) 2. Haber cotizado un mínimo de mil (1000) semanas en cualquier tiempo. A partir del 1º de enero de 2006 se incrementará en 25 cada año hasta llegar a 1300 semanas en el año 2015*”. Por lo tanto, para la fecha en que entró a regir la norma se debían acreditar 1.000 semanas, y para los años subsiguientes las mesadas debidamente incrementadas en la proporción indicada, por ejemplo para el año 2005 1.025 semanas, en el año 2006 1.050 semanas, y así sucesivamente.

Sin embargo, es de recordarse que el título II de la ley 100 de 1993 regula lo concerniente al régimen de prima media con prestación definida, en cuyo capítulo II, relativo a la pensión de vejez, se consagra dentro de las prestaciones para cubrir dicha contingencia, entre otras, las siguientes: *(i)* pensión ordinaria de vejez (art. 33.1 y 2.); *(ii)* pensión especial anticipada de

vejez de persona inválida (art. 33. par. 4. inc. 1) y; (iii) pensión especial anticipada de madre o padre de hijo discapacitado (art. 33. par. 4. inc. 2).

Adicionalmente, el capítulo II en comento, regula lo concerniente al régimen de transición en pensiones en el sistema de prima media de la ley 100 de 1993, en su relación con los sistemas pensionales anteriores a la vigencia de la anotada ley 100, en cuyo inciso 2° el legislador dispuso: *“La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres (...), será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados (...)*”. (Subrayado fuera de texto).

Así las cosas, resulta razonable la aplicación del régimen de transición, sin que con ello se afecte el principio de especialidad del Sistema de Seguridad Social, pues en realidad se está aplicando en su integridad la ley 100 de 1993. En efecto, es el propio legislador el que autoriza, mediante sucesivas remisiones, la observancia de parámetros normativos que consagran los requisitos para acceder a una pensión ordinaria de vejez en regímenes anteriores a la ley 100 de 1993; pero lo hace con la finalidad de determinar si la persona que solicita la pensión especial de vejez por hijo discapacitado cumple con el número de semanas necesarias que exige la anotada ley en su artículo 33 parágrafo 4 inciso 2, esto es, si el afiliado ya reunió el número de semanas suficientes para acceder a una pensión de vejez. (...)

De conformidad con las normas antes indicadas, con los precedentes Constitucionales citados, y el principio de favorabilidad consagrado en el artículo 53 de la C.P., se impone concluir que en el caso de la pensión especial de vejez por hijo discapacitado también es dable aplicar los requisitos de la pensión de vejez establecidos en el régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993, en cuyo artículo 36 remite al régimen anterior al cual se encontraba afiliado el asegurado.

Así las cosas, pasa la Sala a determinar si la actora es beneficiaria del régimen de transición, y de ser así definir la norma aplicar.

En el presente caso, tenemos que la actora nació el **29 de diciembre de 1.967**, que se encuentra afiliada al Instituto de Seguros Sociales desde el 14 de agosto de 1.989 y ha realizado cotizaciones al sistema pensional del ISS en forma discontinua hasta el 31 de diciembre de 2011, un total de **1.090.14**. (Ver resolución a folio 8 y resumen de semanas)

Lo anterior pone de presente que el 1° de abril de 1994, momento en que empezó a regir el Sistema General de Pensiones previsto en la ley 100 de 1993, la peticionaria contaba con **26** años de edad y con aproximadamente **5 años de cotizaciones**, por lo cual, no es beneficiaria del régimen de transición de que trata el artículo 36 de la ley en cita, y con ello, no resulta posible la aplicación de una normatividad distinta a la consagrada en la Ley 100 de 1.993 modificada por la Ley 797 de 2003.

Así las cosas, es de señalar que a pesar que para la fecha de entrada en vigencia de la Ley 797 de 2003, norma creadora de la pensión en cuestión, 29 de enero de 2003 (fecha de la publicación), la actora ya tenía un hijo en estado de invalidez (desde su nacimiento tal como pone de presente el dictamen médico laboral a folio 18); la demandante para esa calenda,

ni en el año 2004, logró completar las 1000 semanas de cotización al sistema de pensiones que exigía, para ese entonces, el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, como tope mínimo para acceder a la pensión de vejez, las cuales de acuerdo con el resumen de semanas, sólo las acumuló hasta el año 2010, fecha para la cual ya se exigía un número superior de semanas (**1.175**), sin que cumpla tal cometido las **1.099, 14** semanas que ha cotizado en toda su vida laboral, por cuanto dicho tope lo alcanzó en el año 2011, cuando ya se exigían **1.200.**”

FUENTE NORMATIVA: Artículo 33 Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 9° de la Ley 793 de 2003, Artículo 4° de la Ley 700 de 2001, Corte Constitucional: Sentencias C-227 de 2004, C-989 de 2006, T-651 de 2009 reiterada por la T-176 de 2010.

FECHA: Noviembre 19 de 2014

DEMANDANTE: Belquis Mabel Guerrero Dorado

DEMANDADO: ISS en liquidación- Colpensiones

RADICACIÓN: 08-001-31-05-009-2012-00466-01/**50.413-A**

DECISIÓN: Confirma sentencia apelada por los motivos expuestos por el Tribunal.

PENSIÓN DE VEJEZ DEL ARTÍCULO 12 DEL ACUERDO 049 DE 1990-Aplicación del nuevo precedente de unificación de la Corte Constitucional/**POSIBILIDAD DE ACUMULAR TIEMPOS-**La jurisprudencia admite en virtud del principio pro homine que se tengan en cuenta las cotizaciones realizadas a cajas de previsión social e ISS

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: Dr. CLIMACO MOLINA RAMOS

Causa Fáctica: En el presente caso, se advierte que el actor pretende el reconocimiento de su pensión de vejez en aplicación del régimen de transición, bajo el entendido que se le tengan en cuenta los tiempos cotizados como empleado del sector oficial, bajo el amparo de las normas anteriores a la Ley 100 de 1993.

Extractos: “En primer lugar, al analizar las pruebas allegadas al proceso se permea a prima facie que el demandante nació el día 20 de marzo de 1935, así brota de la resolución No. 004697 adiada 30 de abril de 2007 emitida por el Instituto de Seguros Sociales visible a folio 19 del expediente, es de inferir que el actor a la data 1° de abril de 1994, o sea, al entrar en vigencia la ley 100 de 1993, contaba con más de 40 años de edad, siendo lo anterior así, goza de la protección del régimen de transición conforme lo prescrito en el art. 36 de la ley 100 de 1993. En todo caso, importa señalar que el actor cumplió los 60 años de edad el día 20 de marzo de 1995, y realizó su última cotización en la data 30 de septiembre de 1999, lo cual implica que no es predicable la exigencia fáctica del Parágrafo 4° del Acto Legislativo 01 de 2005, por no haberse consolidado la causación y disfrute de la prestación deprecada, a posteriori del 31 de julio de 2010, en tal virtud, no hay lugar a realizar la verificación y confrontación con relación a las 750 semanas y el equivalente al tiempo de servicios, al entrar en vigor este Acto Legislativo.

Ahora bien, al realizar un análisis del caudal probatorio a fin de determinar si al actor le asiste derecho a la pensión de vejez, objeto de la controversia, se advierte que al proceso fueron aportados por la parte demandada documentos correspondientes al resumen de semanas cotizadas en la cual refleja un total de 371.57 semanas cotizadas, entre el periodo del 10 de septiembre de 1991 al 30 de septiembre de 1999, visible a folios 114 a 118. Entre tanto, a folios 14 y 18, figura la resolución No. 01603 datada 15 de noviembre de 2005 emitida por el

Instituto de Seguros Sociales, la cual confirmó en todas sus partes la resolución No 4609 del 8 de septiembre de 2004, que negó la pensión de vejez al actor, en la cual se refleja que el asegurado laboró como servidor público durante 3048 días, equivalentes a 8 años, 5 meses, y 18 días, vinculado con la Alcaldía Distrital de Barranquilla aportando a la Caja de Previsión Social Municipal entre el periodo del 2 de julio de 1965 al 1° de septiembre de 1965 y del 25 de enero de 1968 al 30 de abril de 1970, y con la Contraloría General del Departamento del Atlántico aportando a la Caja de Previsión de la Contraloría General entre el periodo del 16 de junio de 1984 al 27 de junio de 1990, acto administrativo que fue incorporado en oportunidad legal al proceso ordinario y se tuvo como prueba al decretarse las mismas sin que se hubiese expresado reproche alguno contra éste, sin que hubiese sido redargüido de falso por la contraparte, además, coincide con los certificados de periodos de vinculación laboral para bonos pensionales y pensiones emitido por la Alcaldía de Barranquilla y la Contraloría Departamental del Atlántico, visibles a folios 50 y 53, por lo tanto, gozan de validez jurídica.

No obstante lo anterior, huelga señalar que es un hecho asaz comprobado que el demandante es beneficiario del régimen de transición, por ello, la pensión de vejez deprecada debe analizarse bajo el marco normativo del artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo hogaño, más aún, prohijando el derrotero jurisprudencial marcado recientemente por la Corte Constitucional mediante sentencia SU - 769 adiada 16 de octubre de 2014. Exp. T-4128630 M.P. JORGE IVAN PALACIO PALACIO, la cual al hacer una interpretación que más se acompasa con los principios de favorabilidad y pro homine, en aplicación de la citada normativa, admite la posibilidad de acumular tiempos de servicios en entidades públicas cotizados en cajas o fondos de previsión social con los aportes realizados al Instituto de Seguros Sociales. Así las cosas, al sumar y totalizar el tiempo de servicio prestado por el actor al sector público y el cotizado al Instituto de Seguros Sociales, hoy Administradora Colombiana de Pensiones, nos arroja un guarismo total de 806.9 semanas, de las cuales 474.95 corresponden a los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de la edad, vale decir, desde el 20 de marzo de 1975 al 20 de marzo de 1995, por ello, con obviedad deviene en principio que el actor no cumplió con los requisitos exigidos por las normas del artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de ese mismo año, y para la consolidación del derecho pretendido no reúne tampoco las exigencias fácticas de la ley 100 de 1993, modificado por la ley 797 de 2003 y ley 71 de 1988.

Así las cosas, sin hacer mayores elucubraciones arribamos a la conclusión que la súplica materia de análisis resulta fallida, igual suerte correrán las subsidiarias que están sujetas a la prosperidad de la principal, por lo tanto, se considera que resulta acertada la decisión emitida por el Jueza a-quo, al desatar el fondo de la litis.”

FUENTE NORMATIVA: Artículo 12 Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 0758 del mismo año, Artículo 36 de la Ley 100 de 1993, Acto legislativo 01 de 2005, Sentencia SU-769 de 16 de octubre de 2014. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

DEMANDANTE: Luis José Borrero Sanjuan

DEMANDADO: Instituto de Seguros Sociales

FECHA: Noviembre 21 de 2014

RADICACIÓN: 08-001-31-05-005-2012-00301-00/**50.601 (E)**

DECISIÓN: Confirma sentencia consultada.

3. SALA PENAL

INCIDENTE DE REPARACIÓN INTEGRAL-Objetivo/LUCRO CESANTE-Tasación/PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES- Es compatible con la indemnización por lucro cesante en los eventos donde el perjudicado goce de pensión de sobreviviente/**DEPENDENCIA ECONOMICA-** Debe estar acreditada al momento del fallecimiento para acceder a los reconocimientos económicos indemnizatorios y prestacionales

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: Dr. JORGE ELIECER MOLA CAPERA

Causa fáctica: En el presente caso, se revisa la condena impuesta como consecuencia de la muerte por accidente de tránsito de dos agentes de policía que fueron arrollados por un automotor. Ante la condena, el apoderado judicial de la compañía aseguradora recurre la tasación de los perjuicios que por lucro cesante se realiza en favor de las víctimas además de indemnización resultaron beneficiarias de pensión de sobrevivientes.

Extractos: “En el presente caso, la inconformidad de los censores, esto es, el apoderado judicial de la empresa Liberty Seguros y de la bancada de la defensa, gira en relación a los siguientes puntos: (i) los libelistas no comparten la tasación que hizo el Juzgado de Primera instancia por el concepto de lucro cesante; (ii) también plantearon que no puede concurrir la pensión sobreviviente con la tasación del lucro cesante; (iii) por su parte el abogado de la Aseguradora apuntó que ésta responde hasta el límite de lo asegurado pero no solidariamente; (iv) no están de acuerdo con la condena en costas; (v) el daño moral no se acreditó.

Así las cosas, y en virtud que los recurrentes señalaron puntos comunes en los reparos contra la sentencia de primera instancia, la Sala desatará conjuntamente sus peticiones así:

(i) Del lucro cesante y su concurrencia con la pensión sobreviviente

Respecto a este punto, los libelistas argumentan su inconformidad con la tasación del lucro cesante señalándose que no existe prueba de tal perjuicio y que además no puede concurrir la pensión sobreviviente que gozan algunos de los perjudicados con el lucro cesante.

Sea lo primero precisar que en libelo de la demanda de reparación integral, las víctimas invocaron como pretensión la suma de doscientos millones de pesos para cada grupo, de modo que el *a quo* atendiendo el principio de congruencia tasó el lucro cesante y los perjuicios morales atendiendo el tope de la pretensión, y si bien no consignó taxativamente las fórmulas utilizadas por el Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia, la tasación del lucro cesante la realizó atendiendo la expectativa de vida de los perjudicados y los ingresos mensuales de los fallecidos.

En cuanto al lucro cesante, la Colegiatura observa que en el presente evento fueron dos los fallecidos, quienes al momento del insuceso se desempeñaban como Agentes de la Policía Nacional, esto es, los señores Jhon Jairo Martínez González y Calixto Hurtado Alfaro, a quienes sus familiares concurrieron al incidente de reparación integral así: (i) del primero, su progenitora señora Alba Luz González, sus hermanos, Dayan Stevens, Sandra Milena,

Jeisson Efraín y su padre Efraín Martínez González; (ii) del segundo, su cónyuge Alex Arteaga González, sus hijos Carolay Andrea, Nikoll Andrea y Vallerin Andrea Hurtado Arteaga.

Así pues, el Juzgador de Primera instancia reconoció lucro cesante para la madre del Patrullero Jhon Jairo Martínez González y para la cónyuge e hijas del patrullero Calixto Hurtado Alfaro.

Sin embargo, los recurrentes aducen que no se probó dicho perjuicio, no obstante, del expediente se colige que se acreditó la dependencia económica de dichas personas respecto de los fallecidos al momento del insuceso, es decir, los beneficiarios del lucro cesante no laboraban y en el caso de las menores dependían de su padre, por lo que la única fuente de ingreso de esos hogares era el obtenido por los occisos.

Ahora bien, en cuanto a la no concurrencia del lucro cesante con la pensión sobreviviente aducida por el apoderado judicial de Liberty Seguros, es menester, traer a colación lo sostenido por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia:

“...El caso que se analiza, concretamente, comparte rasgos comunes con la controversia que se resolvió en la sentencia de 24 de junio de 1996, en donde la Corte concluyó que una pensión de sobreviviente es independiente de la indemnización derivada de la responsabilidad civil y, por tanto, acumulable con ésta, porque ambas prestaciones derivan de títulos o relaciones jurídicas distintos. (Exp. 4662)

En ese orden, nada se opone a la acumulación de la indemnización de perjuicios que se reclama en este proceso con la pensión de sobreviviente que recibe la demandante como beneficiaria del occiso, toda vez que esta prestación deriva de un título autónomo y distinto de la obligación indemnizatoria que está a cargo del tercero responsable del daño; y su concurrencia no podría implicar jamás un enriquecimiento sin causa para la actora porque la prestación pensional no guarda en realidad ningún tipo de relación con los perjuicios que deben ser resarcidos, por lo que no podría sostenerse que es una compensación de los mismos.

En efecto, para hacerse acreedor de una pensión de vejez; de jubilación; de invalidez de origen común o profesional; de sobreviviente por muerte común o por razón del trabajo; de sustitución; o a la indemnización sustitutiva de esas prestaciones si aquéllas no fueren procedentes, solo es necesario cumplir con los requisitos contemplados en las normas pertinentes del sistema general de pensiones o de riesgos profesionales, o en los regímenes especiales o exceptuados, según sea el caso; sin que para el reconocimiento de esa especie de derechos tenga incidencia el hecho de que ellos tengan su causa adecuada en los actos de un tercero, o que el beneficiario de esas prestaciones haya sufrido o no un daño comprobado, o que haya recibido el pago de una indemnización de perjuicios o de un seguro de vida.

Los beneficios pensionales tienen su origen en los aportes realizados para cada uno de esos riesgos, o en el tiempo de servicios, según sea el caso; y por lo tanto son ajenos a cualquier circunstancia que resulte extraña al respectivo sistema; de suerte que al no haber ningún factor de conexión entre ellos y la actividad de un tercero, no podría estatuir la ley, como en efecto no lo hace, la facultad de repetir en contra de éste, toda vez que esas obligaciones se radican de modo exclusivo en la entidad aseguradora y a nadie más pueden transmitírsele.

Por el contrario, los daños patrimoniales futuros sufridos por los deudos de la persona fallecida a raíz del hecho lesivo, consisten en la pérdida de aquellas contribuciones o utilidades económicas que el finado les habría aportado presumiblemente. Ellos constituyen el lucro cesante y su resarcimiento está condicionado a la demostración, entre otros hechos, de la renta

que en promedio recibía el occiso y, en particular, de la parte que éste habría destinado de sus propios ingresos a cubrir las necesidades de sus familiares, o a prodigarles una ayuda económica aunque no tuvieran necesidad de ella; es decir que se debe probar la dependencia económica que existía respecto del difunto...”⁹

Bajo este contexto, la Sala acota que tal como se sostuvo en la sentencia recurrida si es concurrente tasar lucro cesante en los eventos donde el perjudicado goce de pensión de sobreviviente, máxime si al momento del fallecimiento, como ocurre en este caso, las víctimas dependían de los occisos.

(ii) De los perjuicios morales

En relación a los perjuicios morales los censores sostuvieron por una parte que no se acreditaron y por otro lado el apoderado judicial de la empresa Aseguradora afirmó que si bien el contrato de seguros cubre perjuicios morales, la cláusula de éste debe interpretarse en el sentido de otorgar 100 SMLMV por cada fallecimiento.

Al respecto, dentro del paginario efectivamente se encuentra copia del contrato de seguros, el cual señala:

“Parágrafo Sexto: No obstante no tener cobertura los perjuicios de orden moral, de acuerdo a lo establecido en esta a condiciones y el Código de Comercio, Liberty Seguros S.A., como un servicio especial para sus asegurados, amparará los perjuicios morales del tercero damnificado única y exclusivamente cuando los mismos han sido tasados a través de una sentencia judicial debidamente ejecutoriada en donde se haya definido la responsabilidad del asegurado y para tal efecto se tendrán en cuenta las siguientes condiciones:

1. El valor máximo a indemnizar por evento, independiente del número de personas involucradas, será el equivalente en pesos colombianos, a 300 SMLMV en moneda nacional, sin exceder en ningún caso por persona afectada, el equivalente en pesos colombianos a 100 SMLMV en moneda nacional. El salario mínimo mensual vigente para la liquidación de la indemnización por los perjuicios morales, será el que corresponda a la fecha de la emisión de la sentencia...”

Así pues, en el presente caso el Juez de Primera Instancia interpretó la anterior cláusula en el sentido que los afectados son las víctimas reconocidas en el trámite de reparación integral, y por ello, tasó los perjuicios morales hasta el tope de los 300 SMLMV para los dos grupos familiares de los dos occisos.

La anterior interpretación la acoge la Sala, pues claramente se observa que el parágrafo descrito lo que traduce es que el tope de tasación para dichos perjuicios es de 300 SMLMV independientemente el número de afectados, empero, por persona no puede exceder de 100 SMLMV.

⁹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil, Sentencia del 9 de julio de 2012, Ref. Exp. 11001-3103-006-2002-00101-01, M.P. Ariel Salazar Ramírez.

Ahora bien, respecto de la propuesta de los recurrentes cuando sostuvieron que los perjuicios morales no fueron debidamente acreditados, es menester acotar que el daño moral consiste en el dolor, la angustia o la aflicción de orden físico o psicológico que concurre en la víctima a causa de la comisión de una conducta punible, es decir, están constituidos por daños subjetivos y objetivos.

Así pues, los daños morales subjetivos son los que lesionan el fuero interno de las personas manifestadas a través de la tristeza, el dolor, la congoja y la aflicción que siente la víctima del hecho delictivo, y los objetivos son aquellos que repercuten por ejemplo en la productividad laboral de éste.

Sobre este punto, la Corte Suprema de Justicia ha expresado:

“Tal perjuicio, como se sabe, es una especie de daño que incide en el ámbito particular de la personalidad humana en cuanto toca sentimientos íntimos tales como la pesadumbre, la aflicción, la soledad, la sensación de abandono o de impotencia que el evento dañoso le hubiese ocasionado a quien lo padece, circunstancia que, si bien dificulta su determinación, no puede aparejar el dejar de lado la empresa de tasarlos, tarea que, por lo demás, deberá desplegarse teniendo en cuenta que las vivencias internas causadas por el daño, varían de la misma forma como cambia la individualidad espiritual del hombre, de modo que ciertos incidentes que a una determinada persona pueden conllevar hondo sufrimiento, hasta el extremo de ocasionarle severos trastornos emocionales, a otras personas, en cambio, puede afectarlos en menor grado. ‘Aparte de estos factores de índole interna, dice la Corte, que pertenecen por completo al dominio de la psicología, y cuya comprobación exacta escapa a las reglas procesales, existen otros elementos de carácter externo, como son los que integran el hecho antijurídico que provoca la obligación de indemnizar, las circunstancias y el medio en que el acontecimiento se manifiesta, las condiciones sociales y económicas de los protagonistas y, en fin, todos los demás que se conjugan para darle una individualidad propia a la relación procesal y hacer más compleja y difícil la tarea de estimar con la exactitud que fuera de desearse la equivalencia entre el daño sufrido y la indemnización reclamada ...’ (G. J. Tomo LX, pág. 290)”.¹⁰

Bajo esos presupuestos, por cuanto sólo quien padece ese dolor subjetivo conoce la intensidad con que se produjo, tal sufrimiento no puede ser comunicado en su verdadera dimensión a nadie más; no obstante, como tal perjuicio no puede quedar sin resarcimiento, es el propio juez quien debe regularlos.

(iii) De la solidaridad de la empresa aseguradora

Frente al tema de la solidaridad de la empresa Seguros Liberty S.A., se tiene que la póliza de seguros señala:

“Liberty cubre la responsabilidad civil extra contractual en que de acuerdo con la ley incurra el Asegurado nombrado en la caratula de la póliza, al conducir el vehículo descrito en la misma, o cualquier otra persona que conduzca dicho vehículo con su autorización, proveniente de un accidente o serie de accidentes emanados de un solo acontecimiento ocasionados por el vehículo descrito en esta póliza...”¹¹.

¹⁰ Sentencia del 10 de marzo de 1994.

¹¹ Folio 301 C.O. del Juzgado.

De igual manera se vislumbra que la empresa aseguradora responde hasta el límite de lo asegurado, y en dicha forma lo consignó el Juez de Primera Instancia en la sentencia recurrida.

(iv) De la procedencia de la condena en costas en el incidente de reparación integral.

En relación a este punto, el apoderado judicial de la empresa Liberty Seguros S.A, adujo que en el incidente de reparación integral, no es posible condenar en costas.

Al respecto el parágrafo del artículo 104 de la Ley 906 de 2004, señala: “...la ausencia injustificada del solicitante a las audiencias de este trámite implicará el desistimiento de la pretensión, el archivo de la solicitud, y la condenatoria en costas...”.

No obstante, por vía jurisprudencia la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia le ha dado la siguiente interpretación a la norma anteriormente descrita:

“...Y si, además, de forma expresa el legislador referenció la posibilidad de condenar en costas, para el caso consagrado en la norma, cuando el promotor del incidente no concurre a una de las audiencias, no puede pensarse, desde los límites del absurdo, que este es el único caso en el cual es posible esa condena.

Una lectura contextualizada de ese apartado normativo claramente permite inferir cómo se parte de la base general de que la parte condenada en el incidente debe pagar, además, las costas del proceso. Y, si el promotor del incidente se abstiene de concurrir, será él quien responda por ellos.

Por lo demás, dentro de un plano eminentemente práctico, no puede ser que el incidente de reparación integral se surta, cuando la norma no contempla el tópico, dentro de los presupuestos generales del procedimiento civil, que desde luego implica las más de las veces gastos ingentes –dígase publicaciones, peritajes, notificaciones, curadurías, inspecciones judiciales, e incluso pago de honorarios profesionales-, pero deban dejarse de lado, precisamente, los aspectos puntuales que garantizan sufragarlos, con lo cual, no sobra anotar, finalmente resultarán afectados patrimonialmente quienes buscan reparación, al extremo de desmotivar este como mecanismo efectivo para el efecto, o tornarlo elitista, cuando no prohibitivo, en clara vulneración de los principios de igualdad y de acceso a la justicia.

No desconoce la Sala que en auto del 6 de julio de 2009, dentro del radicado 31.410, la corte señaló que:

“...el recurrente no enfrentó ese criterio judicial, que debió tener como referente para la estructuración de sus reproches, y no sus personales convicciones, en total alejamiento del juicio técnico jurídico que corresponder al recurso de casación y que lleva al fracaso la viabilidad de sus aspiraciones, como cuando en una réplica aislada y desconcertante, pregona la falta de aplicación del artículo 392 del Código de Procedimiento Civil, **sin considerar que la condena en costas del proceso no opera en materia penal.**”(Se ha destacado).

Sin embargo, lo primero que debe decirse, es que la acotación final ningún desarrollo jurisprudencial constituye, no solo porque se trata de una afirmación aislada, evidente *obiter dictum*, sino en atención a que ninguna argumentación o sustento contiene...”¹².

¹² CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, Sentencia del 13 de abril de 2011, Rad. 34145, M.P. Sigifredo Espinoza Pérez.

Con base en lo anterior, la Sala acota que si es procedente la condena en costas en el trámite del incidente de reparación integral, sin embargo, de la foliatura se colige que si bien éste se llevó a cabo en dos años, no se vislumbra ausencias injustificadas del condenado y tampoco del apoderado judicial de la empresa aseguradora a las diligencias, asimismo, esto no fue sustentado por el Juez de Primera Instancia, quien únicamente en la parte resolutive lo ordenó sin previa motivación.”

FUENTE NORMATIVA: Artículo 1940 y 2341 del Código Civil. Artículo 250 numeral 1 y 4 de Constitución Política, Artículos 94-97 del Código Penal, Artículo 16 y 104 de Ley 446 de 1998, Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Sentencia 9 de julio de 2012, Exp: 11-001-3103-006-2002-00101-01, M.P. Ariel Salazar Ramírez, Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, Sentencia de 13 de abril de 2011, Rad: 34.145 M.P. Sigifredo Espinosa Pérez.

FECHA: Octubre 10 de 2014.

RADICACIÓN: 2014-00223-P-MC

DECISIÓN: Revoca numeral segundo de la providencia apelada.

ESCRITO DE ACUSACIÓN-Requisitos que debe contener: i) individualización del acusado; ii) hechos jurídicamente relevantes, iii) El descubrimiento de los medios de prueba, iv) Constancia de la garantía del derecho de defensa técnica; v) Relación de los bienes y recursos afectados con fines de comiso/**CONTROL MATERIAL DE ACUSACIÓN**- Lo único que resulta susceptible de ser cuestionado en la audiencia de formulación de acusación son los elementos estructurales de la misma/**NULIDAD PROCESAL**-Improcedencia

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: Dr. JULIO OJITO PALMA

Causa fáctica: En el presente caso, los defensores de los procesados pretenden que se declare la nulidad del escrito de acusación, y consecuencialmente de todo lo actuado, manifestando que la Fiscalía sustentó su acusación en elementos probatorios y evidencia física que fueron recopilados en una diligencia que vulneró los derechos fundamentales de los imputados.

Extractos: “3.2.2. Tesis de la Sala:

3.2.2.1. De la solicitud de control de legalidad de las actuaciones de la Fiscalía:

El artículo 250 de la Constitución Nacional de 1991, modificado por el acto legislativo 003 de 2002 establece en su numeral 2º que en el ejercicio de sus funciones, la Fiscalía deberá adelantar el registro, allanamiento, incautación o interceptación de comunicaciones, razón por la cual, dentro de las 36 horas siguientes a la realización de estas diligencias, solicitará a un Juez de control de garantías que imparta la legalidad de lo actuado.

Por su parte, el artículo 267 del C.P.P (ley 906/2004) permite a quienes han sido informados de la existencia de una investigación penal en su contra, acudir a un Juez de control de garantías para que ejerza la facultad antes enunciada, cuando consideren que han sido afectados sus derechos fundamentales como consecuencia de la recopilación de distintos medios probatorios al interior de tales diligencias.

Ahora bien, descendiendo en el caso objeto de estudio, observa la Sala que los defensores de los procesados argumentan la solicitud de nulidad del escrito de acusación, y consecuentemente de todo lo actuado, manifestando que la Fiscalía sustentó su acusación en elementos probatorios y evidencia física que fueron recopilados en una diligencia que vulneró los derechos fundamentales de sus prohijados, y adicionalmente a ello, agrega que dicho ente no ha solicitado aún a un Juez de control que le imparta legalidad a la misma.

Al revisar la carpeta de la referencia, detecta la Colegiatura que la aludida diligencia fue el procedimiento adelantado por los Funcionarios de Policía Judicial DOMINGO YÉPES y WILLIAM SANTAMARÍA el día 29 de agosto de 2011 en las instalaciones del establecimiento de comercio denominado SUPERDROGAS HABIB y en el que fueron incautados varios medicamentos que se encontraban exhibidos en los estantes de la dispensación del local¹³.

Pues bien, respecto de ello debe indicar la Sala que si bien no ha sido acreditado por parte del Delegado del ente acusador la realización de la diligencia de control posterior de legalidad a la actuación del 29 de agosto de 2011, y se ha omitido el mandato constitucional que así lo exige, lo cierto es que tampoco se encuentra demostrado que los procesados hayan solicitado la realización de tal procedimiento, máxime si se considera que el mismo fue adelantado hace más de tres años y solo hasta el 2 de octubre de 2013 fueron imputados los delitos a los afectados por parte de la Fiscalía General de la Nación, es decir, habiendo tenido la oportunidad para hacerlo, no lo hicieron.

En ese mismo sentido, conviene resaltar lo expuesto por la Sala de Casación Penal de la Honorable Corte Suprema de Justicia quien ha manifestado que el momento oportuno para cuestionar la legalidad de los actos de investigación de la Fiscalía es inicialmente en las audiencias preliminares de control previo o posterior, según el tipo de evento, ante los jueces con función de control de garantías, y en la audiencia preparatoria ante el juez de conocimiento, así se haya cuestionado su legalidad en las audiencias preliminares¹⁴, es decir, antes de la solicitud de nulidad propuesta se ha podido controlar el entuerto.

3.2.2.2. De los principios que rigen la nulidad:

Ahora bien, solicitada ella por la defensa en la audiencia de acusación, considera menester indicar la Sala que la nulidad emerge como un mecanismo extremo por medio del cual el Funcionario Judicial que tiene el conocimiento de la actuación penal la deja sin efectos. Las causales de procedencia de esta figura se encuentran reguladas en los artículos 455 a 458 de Código de Procedimiento Penal (ley 906 de 2004), las cuales proceden siempre que existe violación del derecho al debido proceso y defensa, así como también incompetencia del juzgador que conoce de la causa.

Así mismo resulta oportuno señalar que la Honorable Corte Suprema de Justicia ha indicado que, si bien el ordenamiento procesal penal de 2004 omitió establecer los principios que orientan esta figura, ello no implica que los mismos hayan desaparecido, pues para todos los efectos se le da aplicación a la declaratoria y convalidación de las nulidades como lo establece la Ley 600 de 2000.

¹³ Folio 5 C.O Primera instancia

¹⁴ Proceso No. 33901. Sentencia del 21 de septiembre de 2010 M.P.: JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS.

Hecha la anterior precisión y de acuerdo por lo decantado por la citada Alta Corporación, los principios orientadores de la nulidad son los siguientes:

- i) Principio de taxatividad: No podrá ser invocada la nulidad según lo dispuesto en el ordenamiento procesal penal (ley 906/2004).
- ii) Principio de protección: No podrá ser alegada por el sujeto procesal que con su conducta haya dado lugar a la configuración del motivo invalidatorio, excepto cuando no ha contado con defensa técnica.
- iii) Principio de convalidación: Aunque se configure la irregularidad, ella puede convalidarse con el consentimiento expreso o tácito de quien ha sido perjudicado, a condición de ser observadas las garantías fundamentales.
- iv) Principio de trascendencia: Quien proponga la nulidad tiene la obligación de acreditar que la irregularidad sustancial afecta las garantías constitucionales de los sujetos procesales o desconoce las bases fundamentales de la instrucción y/o el juzgamiento.
- v) Principio de residualidad: No debe existir otra alternativa distinta a la de dejar sin efectos la actuación para subsanar el yerro que se presente¹⁵.

De conformidad con lo establecido en la normatividad vigente aplicable y la Jurisprudencia de la Honorable Corte Suprema de Justicia y, de acuerdo a lo expresado por los defensores de los encausados es claro que en presente caso, conforme a lo dispuesto en el principio de residualidad, no resulta acertada la petición de nulidad invocada, puesto que como se indicó líneas arriba, esta figura aplica entre otras causas, cuando no existe otra alternativa procesal distinta.

Lo precedente resulta relevante pues debido a que la oportunidad procesal pertinente para solicitar la solicitud de nulidad, como correctamente lo indicó el a-quo, resulta ser la audiencia preparatoria puesto que en ella se debaten aspectos probatorios, tal como lo establecen los artículos 357 al 360 del C.P.P.

3.2.2.3. De las nulidades en la audiencia de acusación:

Así mismo vale resaltar que el artículo 339 del CPP (ley 906 de 2004) deja claro que el Juez de conocimiento deberá correr traslado a las partes e intervinientes, a efectos de que manifiesten las causales de nulidad que consideraren presentes en la actuación.

A través de la jurisprudencia de la Sala Penal de la Honorable Corte Suprema de Justicia, las nulidades que pueden proponerse en esta etapa del proceso penal con el propósito de sanear el procedimiento *“...están limitadas a las irregularidades que afectan la estructura del proceso a partir del cuestionamiento de alguno de los aspectos constitutivos del escrito de acusación, en el cual, a su vez, se fundamentará la sentencia”*¹⁶...

Considerando lo precedente, los tópicos que deben cumplirse en el escrito de acusación presentado por la Fiscalía i) la individualización del acusado; ii) Los hechos jurídicamente relevantes pues son estos los que motivan el ejercicio de la acción penal; iii) El descubrimiento de los medios de prueba que pretende hacer valer el ente acusador para demostrar la existencia de los hechos jurídicamente relevantes, así como también permitir que la defensa

¹⁵ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA DE CASACIÓN PENAL Sentencia del 12 de septiembre de 2012. Proceso N° 38835. JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA.

M.P.:

¹⁶ Sentencia del 21 de septiembre de 2010. Radicado 33901. M. P.: JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS

conozca oportunamente los elementos con los que se pretende derribar la presunción de inocencia de quien se juzga; iv) Constancia de la garantía del derecho de defensa técnica; v) Y la relación de los bienes y recursos afectados con fines de comiso.

Así pues, refulge diáfano que lo único que resulta susceptible de ser cuestionado en el estadio procesal en que se encuentra la causa de referencia, esto es, audiencia de formulación de acusación, son los elementos estructurales antes anotados, por lo que no sería acertada la solicitud de nulidad del escrito de acusación efectuada por la defensa en razón de la presunta ilegalidad en la recopilación de los elementos materiales probatorios y evidencia física en que se funda el mismo.

En igual sentido como lo viene sosteniendo esta Colegiatura, la doctrina nacional ha indicado que durante esta audiencia se inicia el descubrimiento de los elementos materiales probatorios y evidencia física, razón por la cual no resulta procedente plantear la nulidad de los mismos ya que en este estadio procesal *“...no tienen aún calidad de prueba, la adquirirán sólo si son aducidas durante la audiencia del juicio oral¹⁷...”*.

3.2.2.4. De la oportunidad para solicitar la exclusión de pruebas:

Conviene en este punto exponer por la Sala que la estructura del procedimiento procesal penal desarrollado por el legislador en la ley 906 de 2004 ha sido diseñada para que las etapas que han sido fijadas se agoten adecuadamente, siendo obligación del funcionario judicial asignado velar que no se pretermita alguna de ellas y con ello se varíe o transmuten el orden del proceso.

Así las cosas y a efectos de definir el curso del juicio oral, ha sido establecida la audiencia preparatoria (artículos 356, 357, 358, 359, 360 y 362 del C.P. P.) en la que las partes dilucidarán todo lo concerniente con las pruebas, por lo que podrán solicitar la admisión, inadmisión y exclusión de las mismas, tal como se lee en el artículo 359 de la ley 906 de 2004 y en que el artículo 360 especialmente.

En estricta observancia del precitado cuerpo normativo aprecia la Sala que la solicitud de nulidad respaldada por la presunta obtención de pruebas ilegales resulta ser inoportuna en el desarrollo de la audiencia de formulación de la acusación, puesto que como se manifestó anteriormente, es la audiencia preparatoria la ocasión para solicitar la exclusión de las mismas resultando ilógico que la ley destinara dos audiencias para una misma finalidad: la de acusación, inicialmente, y la preparatoria, en segundo lugar.

Ahora bien, conviene precisar que el Funcionario Judicial que ha sido citado igualmente como tratadista ha expuesto que el Juez de control de garantías también podrá excluir la prueba ilícita de la actuación procesal expulsándola materialmente de la actuación y tomando las medidas que se considere necesarias para que tal medio de prueba, que se encuentra imperfecto, no sea conocido por parte del Juez de conocimiento, quien en el evento de que advierta que le es solicitada la aducción al proceso de una prueba ilícita durante el desarrollo de la diligencia para tal fin, es decir, la audiencia preparatoria, deberá aplicar la regla de exclusión de la prueba sin necesidad de acceder a su contenido, y ello con el

¹⁷ CASTRO OSPINO. Sandra Jeannette. Cinco Estudios sobre el sistema acusatorio. Universidad Externado de Colombia. 2005.

propósito de que pueda tomar sus decisiones con base en las pruebas lícitamente practicadas¹⁸.

Finalmente, respecto de este punto expresa la Sala que, excepcionalmente es dable la exclusión de los medios de prueba cuando los mismos adolecen de ilegalidad por haber sido obtenidos mediante la consumación de conductas punibles que sean de lesa humanidad, tales como la tortura, la desaparición forzada o la ejecución extrajudicial como así lo ha establecido la Honorable Corte Constitucional¹⁹, situación que según vislumbra la Sala, no es del acontecer en el *subjudice*, de acuerdo a lo expuesto por los sujetos procesales intervinientes dentro de la actuación.”

FUENTE NORMATIVA: Artículo 250 Numeral 2 Constitucional, modificado por el Acto Legislativo 003 de 2002, Artículos 267, 357 al 360, 455 al 458 del C.P.P., Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, Sentencias del 21 de septiembre de 2010, Rad: 33901, MP Jorge Luis Quintero Milanes y del 12 de septiembre de 2012, Rad: 38835, MP Julio Enrique Socha Salamanca.

FECHA: Noviembre 5 de 2014

RADICACIÓN: 08001-60-01055-2011-04990-00/**2014-00168**

DECISIÓN: Confirma auto apelado.

AUTO DECLARA DESIERTO RECURSO-Inexistencia del interés para recurrir cuando existe allanamiento a cargos/TERCERO INCIDENTAL EN PROCESO PENAL-Su intervención es limitada/Debe acreditar que le asiste un interés legítimo para controvertir la decisión judicial adoptada

MAGISTRADO PONENTE: DR. JORGE ELIECER CABRERA JIMENEZ

CAUSA FÁCTICA: En el presente caso, se advierte que el recurrente es el tercero incidental de buena fe a quien se le reconoció su calidad dentro del proceso, quien solicita en este estadio procesal la revocatoria de la decisión condenatoria del procesado.

EXTRACTOS: “Es preciso aclarar que la Ley 906 de 2004, desarrolló el nuevo esquema procesal penal, con elementos o factores que se conjugan con dos extremos procesales, enfrentados en igualdad de armas, ante un Juez autónomo, imparcial e independiente.

También, creó unas formas de terminación anticipada de un proceso penal, que tiene como poder de configuración: (i) Buscar el más mínimo esfuerzo económico y humano del Estado, en la solución de los casos que se plantean, para con ese modo de austeridad, trasladar la logística y demás elementos necesarios, que fueron ahorrados a casos de mayor dificultad de finiquito, desde luego respetando el debido proceso y otras garantías. (ii) Que el imputado, procesado o enjuiciado, al amparo de la escogencia de las alternas fórmulas brindadas para la terminación abreviada, resulte beneficiario de rebaja de pena, consecuencias o derivados de los hechos, como serían los mecanismos sustitutos de la pena.

¹⁸ URBANO MARTÍNEZ, José Joaquín. Reflexiones sobre el nuevo sistema procesal penal. Procuraduría General de la Nación. Instituto de Estudios del Ministerio Público. 2ª edición. 2006. Pág. 335.

¹⁹ Sentencia C-591 del 9 de junio de 2005, M.P.: CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Estas figuras abreviadas de terminación de un proceso penal, son el allanamiento, **los acuerdos** y negociaciones, que se encuentran pergeñados en los artículos 348 al 354 de la Ley 906 de 2004, cuyas naturalezas, momentos y espacios bien explica la jurisprudencia Penal colombiana²⁰.

Es pertinente para atender y decidir la postulación del recurrente en contra del fallo condenatorio que por los delitos de obtención de documento público falso y falsedad en documento privado, emitiera el Juzgado 1° Penal del Circuito con funciones de conocimiento de Barranquilla, en contra del señor Efraín Alfonso Parra Campo; determinar que en su decisión no se fracturó ninguna de las garantías fundamentales al procesado Efraín Alfonso Parra Campo, como tampoco a los demás sujetos procesales.

Lo anterior en atención a que el Juez fallador dentro de su legal discrecionalidad estimó que el señor Efraín Alfonso Parra Campo, al acordar con la fiscalía y luego de verificados los requisitos mínimos, bajo las condiciones legalmente establecidas, se hace merecedor de la sanción penal proferida en la sentencia condenatoria que hoy nos concita. Dicho lo anterior, es preciso aclarar que, para que un recurso, como el que nos compete tenga lugar, debe existir un “interés para recurrir”, del cual carece el presente recurso, por las siguientes razones:

(i) Que al allanarse a los cargos el procesado, renuncia no sólo al derecho de no autoincriminación, sino a la posibilidad de tener un juicio oral, público, contradictorio, concentrado, imparcial, a allegar pruebas y controvertir las que se aduzcan en su contra, a cambio de obtener, dependiendo del momento en que se dé esa manifestación una sustancial rebaja en la pena que habría de corresponderle por la conducta llevada a cabo, en caso de que el proceso culminara con fallo condenatorio por los cauces ordinarios. De tal manera carecería de total sentido que el tercero incidental acudiera a la segunda instancia buscando revocar la sentencia condenatoria y por consiguiente lograr la absolución del hoy condenado, el cual como ya se dijo mediante preacuerdo aceptó la responsabilidad de los delitos por los que el delegado fiscal lo pretendía acusar.

(ii) Por otra parte es preciso aclarar que el tercero incidental, tiene una intervención limitada, en el proceso penal acusatorio, es decir, no puede ir más allá de sus pretensiones; lo anterior habida cuenta que cada una de las partes e intervinientes en el proceso penal acusatorio, conforme a su rol, tiene un interés y unas pretensiones que le son propias, por fuera de las cuales no es pertinente ni legítima su intervención, de tal manera que no puede el abogado del señor Javier Vicente Ramón Calvo, pretender inmiscuirse en asuntos que no le afectan, concretamente la declaratoria de responsabilidad del señor Efraín Alfonso Parra Campo, por parte del Juez Primero Penal del Circuito de Barranquilla en fecha 26 de mayo de 2014, previa el análisis de los elementos materiales probatorios necesarios para emitir la respectiva sentencia condenatoria. Al respecto la Corte Suprema de Justicia indicó:

*“Para que procedan los recursos, tanto los ordinarios como el extraordinario, es menester que se cumplan dos requisitos, a saber: que se esté legitimado, esto es, que se trate de un sujeto procesal a quien la ley faculta para impugnar, **y que se tenga interés, que se manifiesta en el agravio o perjuicio inferido con la decisión.**”* (Subrayas y negrillas fuera del texto).²¹

²⁰ Sentencia de agosto 10 de 2006, radicado 25196 M.P. Sigifredo Espinoza Pérez

²¹ Casación N° 10.391, 20 de abril de 1999. M. P. Dr. Carlos Augusto Gálvez Argote. Proceso No. 10498

(ii) Finalmente tenemos que de manera concreta respeto a los intereses del tercero incidental el Juez Primero Penal del Circuito de Barranquilla, en la sentencia que hoy nos concita indicó:

“...Al respecto, es importante señalar que Javier Vicente Ramón Calvo fue la persona que adquirió el inmueble denominado finca YOLAMIRA, obtenido con las conductas delictivas de falsedad imputadas a Efraín Alfonso Parra Campo, por tal razón se ha considerado en este preacuerdo como tercero de buena fe exento de culpa; y como quiera que hubo ruptura de la unidad procesal por parte de la fiscalía, es posible que tenga la calidad de víctima en el presunto delito de estafa, por el engaño en que pudo ser objeto el señor ramón calvo, conducta no ventilada dentro de este preacuerdo. No obstante, es claro que esto último se desencadeno por virtud de la comisión de la falsedades.

En ese orden, como dice la corte en la decisión citada, no es posible privilegiar los derechos de terceros de buena fe sobre los de la víctima del delito, con mayor razón cuando en este caso, de hacerlo, se estaría reconociendo que aquel es fuente de derechos.

Por ello es claro que los intereses del tercero de buena fe se verán contrariados con la medida de restablecimiento de derecho a la víctima RICARDO ANTONIO DIAZGRANADOS PIEDRIZ, ello es consecuencia de la materialización de ese principio, derivado como obligación ineludible para el funcionario judicial, de restablecer el derecho de las víctimas o, en otras palabras, volver las cosas al estado original.

Por ello, resulta importante recordar, lo manifestado por la sala de casación de la corte suprema de justicia, en el fallo de casación del 30 de mayo de 2011 (radicado 35.675).

Sin duda, las actuaciones desplegada por EFRAIN ALFONSO PARRA CAMPO causaron perjuicio a dos personas diferentes, en circunstancias temporales distintas; empero, las falsedades cometidas fueron el vehículo para perpetrar la posible estafa en la persona de JAVIER VICENTE RAMÓN CALVO, y como lo que se impone, por virtud de la norma rectora del código de procedimiento penal, que se ajusta a los cánones superiores, es retro traer las cosas al instante previo al delito, en consecuencia debe restablecerse su derecho al momento de antes cometerse los delitos de falsedad, al señor RICARDO ANTONIO DIAZGRANADOS PIEDRIZ identificado con la cedula de la ciudadanía N° 5.025.937de fundación – magdalena...”

Como corolario de lo inmediatamente anterior tenemos que el Juez de primer nivel dejó claro en el fallo condenatorio que hoy nos concita: (i) Javier Vicente Ramón Calvo, fue considerado como tercero de buena fe exento de culpa; (ii) Es posible que tenga la calidad de víctima en el presunto delito de estafa, por el engaño en que pudo ser objeto el señor Ramón Calvo, conducta no ventilada dentro de este preacuerdo; (iii) No es posible privilegiar los derechos de terceros de buena fe sobre los de la víctima del delito, con mayor razón cuando en este caso, de hacerlo, se estaría reconociendo que aquel es fuente de derechos; (iv) En consecuencia debe restablecerse los derechos al momento antes de cometerse los delitos de falsedad, al señor Ricardo Antonio Diazgranados Piedriz.

Por lo tanto, los intereses del tercero incidental fueron ventilados en la sentencia condenatoria y fue motivada la razón por la cual dicho interés debía dar paso a los de la víctima; de esta manera no puede en esta instancia el apoderado del tercero incidental o de buena fe, exento de culpa, manifestar que no le fueron reconocidos sus derechos y pretender solicitar la preclusión de la investigación a favor del imputado por vencimiento de término y mucho menos atenderle su solicitud de la recolección de medios probatorios en esta instancia procesal.”

FUENTE NORMATIVA: Ley 906 de 2004, artículos 348 al 354. Corte Suprema de Justicia. Sala penal. Sentencia de 10 de agosto de 2006, rad: 25196. M.P. Sigfredo Espinosa y Casación N° 10.391, 20 de abril de 1999. M. P. Dr. Carlos Augusto Gálvez Argote. Proceso no. 10498.

FECHA: Octubre 24 de 2014

RADICACIÓN: 2014-00196

DECISIÓN: Declara Desierto Recurso de Apelación.

4. ACCIONES CONSTITUCIONALES

VULNERACION AL DEBIDO PROCESO-Protección Tutelar contra providencias judiciales/**AUDIENCIAS PRELIMINARES EN EL PROCESO PENAL**- La cancelación de escrituras de bienes sujetos a registro debe realizarse en audiencia que permita a los imputados y terceros de buena fe tener conocimiento de la misma/**DERECHO DE DEFENSA Y CONTRADICCIÓN**-Le fue vulnerado a la accionante a quien le asiste interés legítimo en la decisión adoptada.

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: Dr. JORGE ELIECER MOLA CAPERA

Causa Fáctica: En el presente caso, la parte actora solicita a través de la acción de tutela se proteja su derecho fundamental al debido proceso el cual considera vulnerado en razón a que se le canceló las escrituras de bienes sujetos a registro sin que fuera citada a la respectiva audiencia como quiera que el Juez consideró que debía realizarse de manera reservada y sin intervención de terceros.

Extractos: “5.1. Procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencias judiciales.

5.1.1. La acción de tutela contra providencias judiciales es, conforme a una amplia línea jurisprudencial establecida por la Corte Constitucional, una figura de carácter eminentemente subsidiario y excepcional, sólo es procedente ante situaciones en que no exista otro mecanismo judicial idóneo para salvaguardar un derecho fundamental vulnerado o amenazado, o cuando existiendo otro medio de defensa judicial, éste a) no resulte tan eficaz para la protección de los derechos de los asociados como la tutela, o, b) la persona afectada se encuentre ante un perjuicio irremediable²².

5.1.2. Así pues, la regla general de improcedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, encuentra su excepción tratándose de decisiones que por involucrar una manifiesta y evidente contradicción con la Carta Política o la ley, producto de la conducta arbitraria o caprichosa de los funcionarios judiciales, constituyan “*vías de hecho*” que vulneren o amenacen los derechos fundamentales del actor frente a lo cual no se disponga de otro medio de defensa judicial idóneo y eficaz, porque en estos eventos el amparo se ofrece necesario para evitar la consumación de un daño irreparable, pero sin que tampoco en dichos casos la acción pública en comento pierda su carácter residual²³.

²² CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-293 de 2013.

²³ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, Sala de Decisión de Tutelas No. 2, Sentencia del 31 de mayo de 2012.

5.1.3. Vale resaltar igualmente que la Corte Constitucional²⁴ ha establecido unos requisitos -llamados de procedibilidad (genéricos y específicos)- que debe analizar el juez de tutela con el objeto de determinar si una providencia desbordó el marco constitucional dentro del que debió producirse. Tales postulados son:

- a. Que se trate de un asunto de relevancia constitucional.
- b. Que el actor haya agotado todos los medios de defensa.
- c. Debe surgir como una actuación abiertamente contraria al ordenamiento jurídico.
- d. Que medie el principio de inmediatez.
- e. Que se observe como una actuación caprichosa u arbitraria por parte del juez de conocimiento.
- f. Que exista una violación notoria de los derechos alegados y que el actor precise los hechos que la engendran.
- g. Que no se trate de una acción de tutela contra un fallo de esa misma naturaleza.

Respecto de los requisitos específicos de procedibilidad, la Alta Corporación ha establecido lo siguiente:

“...Existe vía de hecho judicial cuando se presenta, al menos, uno de los siguientes vicios o defectos protuberantes: (1) defecto sustantivo, que se produce cuando la decisión controvertida se funda en una norma indiscutiblemente inaplicable; (2) defecto fáctico, que ocurre cuando resulta indudable que el juez carece de sustento probatorio suficiente para proceder a aplicar el supuesto legal en el que se sustenta la decisión; (3) defecto orgánico, se presenta cuando el funcionario judicial que profirió la providencia impugnada, carece, absolutamente, de competencia para ello; y, (4) defecto procedimental que aparece en aquellos eventos en los que se actuó completamente al margen del procedimiento establecido.”.

5.3. Del caso en concreto

En el presente asunto, el apoderado judicial de la ciudadana María del Pilar Rodríguez de Padilla, acudió a la demanda de tutela, invocando una presunta vulneración a su derecho fundamental al debido proceso, por parte del Juez Trece Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Barranquilla, bajo el argumento que en la audiencia preliminar del 25 de agosto de esta anualidad, el Juez accionado le dio carácter de reservada a la audiencia en la que canceló las escrituras de bienes sujetos a registro, razón por la que no fueron citados los imputados, ni los terceros de buena fe que pudieron haber sido afectados por la decisión.

Al respecto, el Juzgado accionado afirmó que en efecto celebró esa audiencia de carácter reservado acorde al inciso 2º del artículo 155 del Código de Procedimiento Penal Vigente, y que por lo tanto no se hizo necesaria la presencia de las personas que hasta este interregno procesal la Fiscalía pueda tener como indiciados o incluso la presencia de terceros de buena fe, afirmando que estas personas se notificaran de tal decisión de acuerdo al artículo 95 ibídem, una vez se cumplan de forma inmediata las medidas adoptadas para el restablecimiento del derecho.

²⁴ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia de Unificación 1219 de 2001. MP Dr. Manuel José Cepeda.

Por su parte, la Fiscalía vinculada relató que su intervención dentro de la audiencia atacada fue ajustada a su rol de fiscal delegada, y resaltó que si la audiencia fue o no reservada por no haberse citado a los accionantes, o cualquier tercero con interés sobre los predios, no es asunto de la fiscalía, sino del despacho del juez.

Al respecto, sea lo primero precisar que revisadas las piezas procesales, conforme lo señaló la parte accionante, se advierte la presencia de una causal específica de procedibilidad que vulnera la garantía fundamental al debido proceso, al no enterarse la parte actora de la realización de la mencionada diligencia, circunstancia que sin lugar a dudas le impidió oponerse a las pretensiones del solicitante, incurriéndose de esta manera en un defecto procedimental, el cual se genera cuando el funcionario actúa al margen del procedimiento establecido.

Así pues, dentro del paginario no obra prueba de haberse convocado a los imputados y terceros de buena fe a dicho acto procesal, y sólo el Juez accionado argumentó que estos se iban a enterar una vez se cumplieran las medidas del restablecimiento.

Emerge de lo anterior que se le impidió ejercer el derecho de defensa no solo a la parte actora sino a las demás personas vinculadas, tales como el señor Roberto Suarez Ballesteros, a quienes se les cegó el derecho de refutar respecto de las pretensiones del solicitante.

En este punto, es pertinente resaltar que a la parte actora le asiste sumo interés en la mencionada audiencia, máxime si la discusión giraba en torno de la suspensión de bienes sujetos a registros cuya propiedad había sido previamente reconocida en un proceso civil, tenía todo el derecho de presentar sus argumentos de disenso respecto del pedimento del apoderado de los señores Uribe Blanco, los cuales podrían haber dirigido la decisión en otro sentido.

En tales condiciones, se hace necesario que la mencionada Agencia Judicial convoque a las partes a una nueva audiencia con participación de las partes e intervinientes y luego de ello adopte la decisión que en derecho corresponda.

Es pertinente acotar, que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en sede de tutela y en un evento similar en tratándose de una audiencia “reservada”, argumentó lo siguiente:

“...En el caso concreto, la queja de la parte actora radica en la decisión adoptada en la audiencia preliminar que se efectuó en el Juzgado Doce Penal Municipal de Barranquilla el 8 de mayo del año en curso, solicitada por el apoderado judicial de la sociedad Astilleros Unidos S.A., dentro de la cual se dispuso el restablecimiento del derecho a favor de la víctima y como consecuencia de ello la suspensión del acta de decomiso No. 87-00313 del 20 de marzo de 2013, al igual que la legalización y posterior entrega de la grúa telescópica a la mencionada sociedad, vista a la cual no se citó a la DIAN no obstante su condición de denunciante, circunstancia que le impidió presentar la respectiva oposición a las pretensiones del petente, determinación que, para el actor, no ha debido adoptarse, por cuanto la mercancía se hallaba decomisada mediante un acto administrativo debidamente ejecutoriado, lo cual fue el fundamento de la denuncia penal formulada por los presuntos delitos de contrabando y falsedad documental.

(...)

5.2. Lo expuesto, sin duda alguna permite señalar que el juzgado accionado sorprendió a la entidad aquí accionante con su determinación, proceder que para la Sala trasgrede el debido proceso al impedirle ejercer el derecho de contradicción dentro de la audiencia preliminar varias veces citada....²⁵ (Subraya fuera del texto).

Amén de lo anterior, la Judicatura tutelaré el derecho al debido proceso de la ciudadana María del Pilar Rodríguez Álvarez. En consecuencia, se dejará sin efecto la decisión adoptada el 25 de agosto del año en curso, proferida por el Juzgado Trece Penal Municipal de esta ciudad, para que en su lugar convoque a las partes involucradas en la respectiva actuación a la audiencia preliminar deprecada por el apoderado de los señores Uribe Blanco.”

FUENTE NORMATIVA: Artículos 95 y 155 inciso 2° C.P.P., Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Sentencia de tutela de 4 de septiembre de 2014. Rad. 75215. M.P. Luis Guillermo Salazar Otero.

ACCIONANTE: María Del Pilar Rodríguez Padilla

ACCIONADO: Juzgado 13 Penal Municipal con Control de Garantías y otros.

FECHA: Octubre 14 de 2013

RADICACIÓN: 2014-00327-T-MC

DECISIÓN: Concede la protección tutelar. Ordena que se haga nuevamente la diligencia judicial con citación a los interesados.

JULIO OJITO PALMA
PRESIDENTE

MARÍA MERCEDES BARRIOS BORRERO
RELATORA

Nota: Las providencias publicadas en este boletín fueron solicitadas a los respectivos Magistrados Ponentes y recibidas a través del correo electrónico y/o por intermedio del auxiliar judicial autorizado. En caso de atender eventuales inconsistencias, se sugiere que sean puestas en conocimiento de la relatoría.

²⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala De Casación Penal, Sentencia Tutela 4 de septiembre De 2014, Rad. 75215, M.P. Luis Guillermo Salazar Otero.