



BOLETÍN DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE TUNJA

N. 03 Marzo de 2013.
Relatoría



SALA PENAL MIXTA PARA ADOLESCENTES

Magistrada: CÁNDIDA ROSA ARAQUE DE NAVAS

Providencia: Apelación Sentencia / 17 de Febrero de 2012

Radicación: 2011-0778

Proceso: ACCESO CARNAL ABUSIVO E INCESTO

Denunciante: Rosse Mary Bohórquez Páez

Denunciado: Jaime Arturo Bernal

**DESCRIPTOR: ACCESO CARNAL ABUSIVO/ CONCURSO HETEROGÉNEO/
INCESTO**

**RESTRICTOR: LIBERTAD INTEGRIDAD Y FORMACIÓN SEXUAL/ RETRACTACIÓN
DEL MENOR/**

TESIS ...” El objeto jurídico de tutela, es la libertad sexual, comprendida como la capacidad de actuación que le asiste al individuo con el solo imperio de su voluntad de disponer ante sí y frente a los demás de su propia sexualidad, con libertad de elegir, aceptar o rechazar las pretensiones que se produzcan en esta esfera. Es el ejercicio de las actividades personales y personalísimas libres y concientes bajo los lineamientos de sus principios y valores y el rechazo de la injerencia de otros que comprometan sus instintos y potencialidades sexuales, y se coloque en entredicho el ejercicio de la autonomía individual y la propia capacidad de decisión. En suma, el legislador respeta y preserva el derecho que tiene el ser humano de gratificarse placenteramente bajo su consentimiento en cualquiera de las formas que lo emita y prescindir de lo que le desagrade de cualquier actividad genésica.

El bien jurídico tutelado en este tipo de delitos lo es también es la Libertad, integridad y formación sexuales, pues se ha comprobado que los menores de 14 años no han adquirido la madurez física y mental para determinarse y actuar libremente en ejercicio de la sexualidad. Está valorado científicamente que en los casos que los menores de 14 años asumen algún tipo de acto sexual, tiene serias consecuencias en el desarrollo de su personalidad por no haber alcanzado el grado de madurez en las esferas intelectual, volitiva y afectiva.

En lo atinente al tipo penal de incesto exige sujeto cualificado natural y jurídicamente. Sujeto pasivo la institución familiar en cuanto a la moralidad que debe rodear las relaciones entre sus miembros y de contera el Estado por cuanto la conducta amenaza o lesiona la conservación de esta institución, como soporte y fundamento de la existencia mismas del Estado. La conducta es compuesta y alternativa realizar acceso carnal, u otro acto erótico sexual...”

La valoración del testimonio del menor.

La postura actual tanto de la doctrina como de la jurisprudencia ha sido revaluada en cuanto al testimonio de menores e inclusive se admite que las declaraciones de los menores en algunos eventos puedan resultar más confiables que las declaraciones de los adultos.

Así, en decisión de la Corte Suprema de Justicia, sentencia de enero 26 de 2006, a partir del caso de una menor de nueve años de edad, que había sido accedida carnalmente, y en donde se planteaba que su declaración no tenía valor probatorio en la medida en que por su edad no tenía la capacidad para expresar la realidad de lo que había ocurrido; la Corte, llegó a la conclusión de que el testimonio de la menor es fundamental, pero lo más importante, señala que a partir de la prueba psicológica es que se puede entrar a determinar si esa menor está en capacidad de establecer si pudo percibir lo ocurrido.

Concretamente la corporación señaló:

"Así las cosas, razonable es colegir, de acuerdo con los antecedentes jurisprudenciales sobre la materia, que el testimonio del menor no pierde credibilidad sólo porque no goce de la totalidad de sus facultades de discernimiento, básicamente porque cuando se asume su valoración no se trata de conocer sus juicios frente a los acontecimientos, para lo cual si sería imprescindible que contara a plenitud con las facultades cognitivas, sino de determinar cuan objetiva es la narración que realiza, tarea para la cual basta con verificar que no existan limitaciones acentuadas en su capacidad psico-perceptiva distintas a las de su mera condición, o que carece del mínimo raciocinio que le impida efectuar un relato medianamente inteligible; pero superado ese examen, su dicho debe ser sometido al mismo rigor que se efectúa respecto de cualquier otro testimonio y al tamiz de los principios de la sana crítica."

La Corte Suprema de Justicia en este fallo comprende que el infante aún en proceso de desarrollo es competente para declarar, y le permite equidad para ingresar como testigo capaz en el proceso penal y narrar lo ocurrido. Esto resulta coherente con las reformas judiciales que internacionalmente se han gestado para proteger a los menores víctimas de delitos sexuales, entre las que se encuentran: admitir al infante como un testigo competente, usar video grabación del testimonio o peritaje, audiencia privada, permitir la presencia de terceros de confianza mientras declara, aceptar declaraciones de oídas.

El fallo de la Corte también coincide con los resultados de investigaciones según las cuales la mayoría de los niños poseen la capacidad moral y cognitiva de dar su testimonio en los tribunales (Golding, Alexander y Stewart, 1999). En muchos de los casos de abuso sexual infantil, se tiene confianza en el testimonio del niño. Son varios los investigadores que han trabajado para hacer aportes en cuanto a la confiabilidad del testimonio de la víctima en estos casos, discutiendo por ejemplo acerca de la conveniencia de grabar las entrevistas realizadas con los niños (McGough, 1995), o del momento en que debe ser tomado el testimonio (Montoya 1995). Al respecto Lamb, Sternberg y Esplín (1995) y Marxsen, Yuille, y Nisbet (1995) proporcionan una actualización muy necesaria en el desarrollo de las técnicas de entrevista. Otros autores se han dedicado a desarrollar técnicas objetivas para determinar la credibilidad de las declaraciones de los niños o a evaluar la confiabilidad de las ya existentes.

De igual forma, del aparte transcrito del fallo de la Corte Suprema de Justicia, queda claro que el testimonio del menor puede ser recibido y debe ser valorado dentro del proceso, debiendo establecer si éste tiene limitadas sus capacidades psico perceptivas o si posee el mínimo nivel de raciocinio . McGough (1995) ha observado que a veces un niño puede ser declarado no apto para dar su testimonio en los estrados judiciales debido a muerte, enfermedad física o mental, pérdida de memoria sobre el caso, o peligro de trastorno psicológico severo; en algunos países un adulto cercano al niño como por ejemplo sus padres o su maestro, es aceptado para atestiguar en lugar de la víctima.

También vale la pena aclarar que la Corte señala que una vez emitido el testimonio, debe analizarse con la misma rigurosidad que exige la sana crítica hacia cualquier testimonio, sin caer en los extremos respecto a que los niños nunca mienten y siempre hay que creerles o que siempre son mitómanos, sugestionables e incapaces de testimoniar. Y para realizar este análisis de credibilidad del relato el

juez puede asesorarse de un perito psicólogo que utilice las técnicas adecuadas para valorarlo.

Sin embargo, este aspecto parece más importante que con el segundo fallo que se mencionó al principio, pues se reconoce claramente el valor de la prueba psicológica, como un elemento fundamental encaminado a poder valorar el testimonio rendido por un menor en casos tan dramáticos como los de abuso sexual.

El manejo de la evidencia de corroboración.

Este es un aspecto que resulta fundamental para lograr la persuasión racional y que adquiere mayor importancia cuando el único testigo presencial de los hechos es la propia víctima.

Se impone entonces el análisis de los medios de conocimiento cuyo fin principal es “rodear”, robustecer o corroborar la declaración del testigo único.

Frente al tema, la Corte Suprema de Justicia, en sentencia 27536 del 06 de septiembre de 2007, precisó:

“Es que a pesar del histórico origen práctico de la regla testis unus, testis nullus, hoy no se tiene como máxima de valoración probatoria en los sistemas como el nuestro de apreciación racional de la prueba pues su rigidez vincula el método de evaluación probatoria a la anticipación de una frustración de resultados en la investigación del delito que además de impedir un análisis racional del juzgador contraría la realidad de que uno o varios testimonios pueden ser suficientes para conducir a la certeza. Una tal máxima restringe la acción penal y se opone a la realidad de que en muchos casos -como este- un declarante puede ser real o virtualmente testigo único e inclusive serlo la propia víctima.”

Es muy común que los niños que han sido víctimas se retracten o modifiquen sus declaraciones, en estos eventos se deben utilizar además de las declaraciones anteriores del testigo para efectos de impugnación, el resto de evidencias para establecer cuáles son las razones que pudieron dar lugar al cambio de versión, y las circunstancias de incidencia en la actitud del niño al declarar.

La experiencia enseña, por ejemplo, que la dependencia económica de la madre de los pequeños abusados por sus padres o padrastros puede dar lugar a presiones en los pequeños y orientarlos a modificar su declaración con el objeto de evitar que el padre de familia vaya a prisión.

En todo caso, el cambio de versión no puede conllevar automáticamente la solicitud de preclusión o de absolución, pues en estas circunstancias es factible que el niño, además de haber sido abusado, esté siendo víctima de otros delitos o de presiones indebidas.

La protección del niño que tiene la calidad de testigo, sea o no víctima de la conducta punible.

Rendir declaración en un proceso penal suele resultar traumático para cualquier persona y obviamente, mucho más para un niño. En el ordenamiento jurídico colombiano han sido adoptadas medidas para aminorar dicho efecto; concretamente en la Ley de Infancia y Adolescencia -1068 de 2006-, se estableció que el testimonio del menor debe ser recepcionado por el Defensor de Familia, y en varias regiones del país se ha utilizado la cámara gesell.

El alto Tribunal Penal en sentencia 27478 del 27 de junio de 2007, indicó: “la Cámara de Gesell, es sólo un instrumento utilizado en la Psicología al cual se acude en la investigación criminal para facilitar la recepción del testimonio de menores víctimas de delitos; se trata entonces de un espacio acondicionado principalmente para realizar observaciones relacionadas con el desarrollo de comunicación, comprensión y habilidades del atestante. La presencia del psicólogo forense en uno de los salones

dispuestos para entrevistar al menor busca brindarle intimidad para que rinda tranquilamente su versión de los hechos, y principalmente, para evitarle la victimización secundaria que genera de por sí el escenario judicial y la presencia de público.

“En este orden de ideas, una es la versión del menor que se recoge en la entrevista, la profesional receptora es un intermediario entre los funcionarios judiciales, pero puede ser llamada como testigo para exponer sus criterios científicos y profesionales en auxilio de la Administración de Justicia, sin embargo, el censor en este caso fusiona las dos probanzas para demeritar su valor suasorio.

·Las condiciones de realización de la entrevista en la cámara Gesell en manera alguna se constituyen en requisitos de validez para la exposición del menor víctima o de la declaración de la profesional receptora, ni se constituyen en ineludible referentes para la valoración o credibilidad si se tiene en cuenta que el sistema penal acusatorio está basado en la libertad probatoria.

“Sin embargo, el riesgo psicológico para los menores suele ser alto, sobre todo cuando deben referirse varias veces a eventos esencialmente traumáticos como los abusos sexuales o cualquier otra forma de violencia. Impera la protección en estos casos, pues en muchas ocasiones los delitos ocurren en el seno familiar, y los pequeños pueden verse expuestos a presiones, discriminación o cualquier otra forma de maltrato por haber “denunciado” a otro miembro de la unidad familiar. Puede suceder que la madre o el adulto que haya decidido denunciar una determinada conducta punible, modifiquen luego su postura y decidan cambiar su versión para evitar el encarcelamiento del infractor.

“Aún más, es posible que en estos eventos se presenten situaciones intolerables, como por ejemplo que se genere impunidad frente a un abuso sexual cometido en contra de un niño y que además de ello el menor sea obligado a cohabitar con el agresor.

“La protección del menor debe extenderse a su intervención como testigo en la audiencia de juicio oral cuando a ello haya lugar. En cada evento debe evaluarse si la presencia del niño en la sala de audiencias, frente al acusado, puede generarle traumatismos inaceptables; por lo que debe adoptarse las medidas necesarias para que ello no ocurra.”

La retractación del menor¹.

La retractación, junto a la rabia y el desprecio que motivó la confesión subyacen sentimientos de culpa por denunciar a un familiar o a una persona querible y por no cumplir con el mandato de mantener unida a la familia. También puede que los menores sientan que todas las amenazas efectuadas por el abusador se cumplan. Es en esta etapa donde el niño necesita mayor contención de parte de la Justicia – llámese jueces, fiscales, asesores de menores, abogados, organismos institucionales, médicos, psicólogos, entre otros – de sus padres y demás familiares y de un ambiente contenedor para no flaquear y sostener lo que han relatado. Por ello, a menos que el niño reciba un

¹ Botash A.S. : Reglas básicas que los pediatras deben saber acerca del abuso sexual en niños. *Contemporari Petiatrics*, 1994; 11:83-100.

Cardenas Eduardo José “El abuso de la denuncia de abuso”, *La Ley* 2000-E. De Gregorio Bustamante Alvaro “Abuso sexual infantil. Denuncias falsas y erróneas” Editorial Omar Favale. Buenos Aires. Año 2004.

Grisetti Ricardo Alberto “Delitos sexuales intrafamiliares. Aspectos civiles, penales, criminológicos y victimológicos. Su abordaje en la provincia de Jujuy” *LLNOA* – 2005, 511 (abril)

Groisman Adriana; Anderman José R.; y colab.: Guía de Diagnóstico y Tratamiento " Maltrato infantil". Comité de Maltrato Infantil del Hospital Municipal de Niños Ricardo Gutierrez. 1996.

Intebi irene: Abuso sexual infantil, en las mejores familias. Ed. Granica. 1998.

Lamberti Silvio – Commpilador “Violencia familiar y abuso sexual”. Editorial Universidad. Buenos Aires. Año 2003. Compilador “Maltrato Infantil. Riesgos del compromiso profesional” Editorial Universidad. Buenos Aires. Año 2003.

Pagliuca Dora: Abuso sexual de niños y adolescentes: aspectos médicos, psicológicos, sociológicos y jurídicos. Primer Premio en las Jornadas de Encuadre Jurídico de la Responsabilidad Profesional, 1997.

Patin Daniel Jorge “Abuso sexual infantil. Reconocimiento y denuncia” Cuadernos de Medicina Forense. Año 1 nro. 2 Cuerpo Médico Forense de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Año 2002.

Ronald Summit, “Teoría de la adaptación o acomodación”.

apoyo sustancial ante su denuncia, normalmente se retracta. La presión ejercida sobre la víctima por la familia, por el abusador y aún por los profesionales puede abrumar al menor abusado y obligarlo a retractarse. Esto no indica que la víctima mintió acerca del hecho, sino que generalmente es una consecuencia lógica de la intensa presión ejercida sobre ella. Así, la retractación les permite volver al seno de la familia y eludir el sistema legal.

Aquí el problema radica en cuáles son sus consecuencias lógicas dentro del proceso penal. Llama poderosamente la atención que en la práctica tribunalicia muchas veces esta mentira – la de negar lo que antes denunciaron, el retractarse – suele despertar mayor credibilidad que la más explícita denuncia de abuso familiar.

Al respecto corresponde señalar que la incidencia de los menores víctimas que mienten respecto a un hecho de abuso sexual infantil es muy pequeña. Investigaciones recientes indican que es prácticamente imposible que un niño de corta edad logre mentir respecto a un hecho de estas características y mantenga su relato en el tiempo. Nótese que los abusados deben declarar en reiteradas instancias judiciales previo a arribarse a una sentencia condenatoria, por lo cual no resulta sencillo que el menor se encuentre en condiciones de sostener con precisión situaciones de tiempo, modo y lugar en idéntica forma en todas las ocasiones en que debe declarar.

Es importante reiterar que el propio relato del menor víctima es la herramienta más fuerte del proceso penal, máxime cuando no existen evidencias físicas del abuso sexual, como sucede en la mayoría de los casos. Los jueces son llamados a reflexionar previo a emitir una opinión de mérito, para lo cual deben tener en cuenta el relato del niño abusado, los indicadores físicos que éste presenta, el relato de las personas allegadas al menor y los estudios médicos, psicológicos y psiquiátricos que – por la experiencia en la materia – permiten concluir que rara vez emiten una opinión contundente y concluyente respecto de la existencia del abuso sexual.

Se sabe que la retractación de un hecho de abuso sexual durante la tramitación de un proceso judicial es uno de los momentos más complejos de las intervenciones judiciales. Frente a las presiones judiciales los niños descubren que la retractación es el camino para retroceder respecto de aquello que añade tanto dolor. A su vez puede suceder que otras personas allegadas al niño comiencen a influir sobre sus decisiones con el objeto que se culmine el proceso judicial o que se evite el encarcelamiento del abusador – en los casos de ser éstos sus padres o padrastros o algún otro miembro de la familia. Más allá de la dificultad probatoria que implica determinar cuándo el niño o niña dijo la verdad, lo cierto es que dicha circunstancia se torna más compleja según la etapa en que se encuentre el proceso. Es decir, no resulta lo mismo que la retractación opere durante la instrucción que durante el debate del juicio oral, donde los jueces son llamados a resolver la situación procesal en forma inmediata.

De esta forma se tiene la importancia de acortar las etapas procesales con el objeto de evitar que sucedan este tipo de situaciones. Esta inmediatez y acotamiento de etapas procesales evitaría el olvido consciente o inconsciente sobre los hechos que tenga que reproducir el menor e impediría una sobre exposición revictimizante para éste. A tal fin resultaría de gran importancia la plena participación del acusado desde la génesis de la instrucción y el control directo de las partes en todas las diligencias probatorias que se lleven a cabo. De este modo la prueba – es decir, el testimonio del menor víctima – se produce una sola vez con control directo y evitándose reiteradas exploraciones sobre su psíquico y físico.

A su vez, se entiende que el testimonio del menor debe desarrollarse mediante la conocida “video conferencia”, que garantiza la interrelación de todas las partes, sin necesidad de la presencia física de la víctima en el Tribunal y frente a personas extrañas, que suele resultar atemorizante para el niño.

Finalmente, la innovación se completaría con Tribunales especializados en la materia, llamados a resolver solamente este tipo de hechos delictivos – abuso sexual infantil – y conformados por técnicos en dicho tópico, llámese Jueces, Fiscales, Médicos, Psicólogos, Asistentes Sociales, Asesores de Menores, Ginecólogos, entre otros. Así, se lograría que las personas llamadas a resolver traten al abuso sexual infantil como un delito especial y no como cualquier otro delito. Hasta el día de hoy se siguen tomando declaraciones y se investiga con la misma metodología un robo y un abuso sexual, sin tener en cuenta el tipo de trauma que cada delito desencadena. Por más violencia que haya existido en el tipo

penal mencionado en primer término, nunca recibe los efectos devastadores en el aparato psíquico que causan años de abuso, máxime cuando éste es intrafamiliar.

Magistrado: EDGAR KURMEN GÓMEZ

Providencia: Apelación Sentencia Absolutoria/ 28 de Mayo de 2012

Radicación: 2011-00024

Proceso: ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE CATORCE AÑOS

Denunciante:

Denunciado: Adolescente C.E.T.Z.

DESCRIPTOR: ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE CATORCE AÑOS/

RESTRICTOR: No aceptación de cargos/ Validez Testimonio de la Menor/

TESIS: ...”Recordemos que para condenar a una persona como autor o partícipe de un delito es necesario e imprescindible imputarle el comportamiento. Imputar, según el diccionario de la Real Academia de la Lengua, es atribuir a otro una culpa, delito o acción.

Recuerda el maestro Alfonso Reyes Echandía que para Carrara imputar significaba "poner una cosa cualquiera en la cuenta de alguien", esto es atribuir un hecho determinado como perteneciente o realizado por un sujeto. En el plano jurídico la imputación significa la posibilidad de atribuir con absoluta claridad y en grado de certeza a una persona como suyo un determinado comportamiento que le ha de acarrear consecuencias jurídicas.

La imputación se manifiesta en todos los estadios del estudio dogmático del delito. El maestro Reyes Echandía, citando al inmortal maestro Carrara, trata el tema de la siguiente forma:

"El Juez encuentra en aquel individuo la causa material del acto y le dice: tú lo hiciste: imputación física. Halla que aquél individuo realizó ese acto con voluntad inteligente y le dice: tú lo hiciste voluntariamente: imputación moral. Encuentra que aquél hecho estaba prohibido por la ley del estado, y le dice: tú obraste contra la ley: imputación legal. Y sólo después que tenga el resultado de estas tres proposiciones, podrá el juez decir al ciudadano: te imputo este hecho como delito".

Independientemente de que la imputación fáctica se considere como un presupuesto o como un elemento del tipo penal, lo que sí resulta imperioso es poder atribuirle a una persona como suyo un determinado comportamiento que le ha de acarrear consecuencias jurídicas.

Al procesado se le imputó haber actuado como autor del delito de acceso carnal violento con menor de 14 años, cometido entre las 12:30 y 1:30 de la tarde del día 2 de octubre de 2009 en el sitio denominado Los Tanques, vereda El Papayal del municipio de Moniquirá. Sin embargo, como se dijo al analizar la prueba recaudada en el informativo, subsiste duda imposible de eliminar que nos permita endilgar en grado de certeza la autoría en el reato de C.E.T.S. Para ello nos remitimos al análisis probatorio precedentemente realizado y a sus conclusiones.

En estas condiciones, como toda duda insalvable debe resolverse a favor del procesado, resulta evidente afirmar que el Estado no logró desvirtuar la presunción de inocencia del aquí acusado. El art. 29 constitucional señala que toda persona se presume inocente mientras no se le haya declarado judicialmente culpable y dicha norma es desarrollada por el art. 7º del C. de P.P., contenido en la Ley 906 de 2.004, que preceptúa que la duda que se presente se resolverá a favor del procesado y que para poder proferir sentencia

condenatoria debería existir convencimiento de la responsabilidad penal del acusado más allá de toda duda.

Los motivos de inconformidad del impugnante han sido contestados a lo largo de esta providencia y a ellos nos remitimos, reiterando que no existe prueba que conduzca a la certeza de la autoría del acusado.

Por ello se impone la confirmación de la providencia impugnada...”

SALA CIVIL – FAMILIA

Magistrado: HORACIO TOLOSA AUNTA

Providencia: Apelación Sentencia / 14 de Marzo de 2012

Radicación: 2009-0579

Proceso: RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL

Demandante: LUIS ADÁN MELGAREJO

Demandado: INDUSTRIAL DE GASEOSAS S.A., PAMCO COLOMBIA S.A. hoy INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS S.A.

DESCRIPTOR: RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL/ CONTRATO DE AGENCIA COMERCIAL/ EXCEPCIONES DE MÉRITO

RESTRICTOR: TERMINACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO/ Daño Emergente-Lucro Cesante

TESIS: ...” Preponderante es en el tema a analizar, referirse primogénitamente al concepto que otorga la ley colombiana, al contrato, principal fuente de las obligaciones, concepto relevante para considerar si en el caso en litigio existe el de agencia comercial.

El Art. 1495 del C.C., describe el contrato como un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa, y de acuerdo a la relevancia que esta figura merece, el Art. 1602, le otorga carácter de ley para las partes, aduciendo que todo contrato legalmente celebrado adquiere esa calidad para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales.

Concerniente al contrato de agencia comercial, la ley de su materia, lo ha definido en el Art. 1317, en los siguientes términos:

“AGENCIA COMERCIAL. Por medio del contrato de agencia, un comerciante asume en forma independiente y de manera estable el encargo de promover o explotar negocios en un determinado ramo y dentro de una zona prefijada en el territorio nacional, como representante o agente de un empresario nacional o extranjero o como fabricante o distribuidor de uno o varios productos del mismo.”

La Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil, en sentencia del 22 de junio de 2011, Magistrado Ponente EDGARDO VILLAMIL PORTILLA, ha definido el contrato aludido en los siguientes términos:

“El contrato de agencia comercial es un instrumento jurídico que sirve a los empresarios para ensanchar los canales de producción, distribución y las ventas de un bien o la prestación de un servicio en una zona geográfica determinada, siempre de manera permanente y estable, sin la

asunción de los costos y gastos administrativos que demanda adelantar esa tarea directamente, elementos que se encuentran consagrados para esta modalidad de colaboración empresarial, en el artículo 1317 del Código de Comercio, bajo las denominaciones de independencia del agente y estabilidad de su gestión.”

De acuerdo a la normatividad expuesta y la jurisprudencia antedicha, es contundente que el contrato de agencia comercial arroga una serie de elementos necesarios para que se logre su configuración, y no termine degenerado en otra figura contractual difusa o diferente. Hacen parte de dichos requisitos los siguientes:

- a) un comerciante, como representante o agente de un empresario nacional o extranjero
 - b) asume en forma independiente y de manera estable un encargo de promover o explotar negocios en un determinado ramo en una zona prefijada en el territorio nacional.
 - c) El agente tiene derecho a una remuneración (Art. 1322 C.Co.)
- (...)

Antaño, la agencia comercial hacía parte de las atipicidades que redundaban en los negocios mercantiles colombianos, logrando obtener una solidez típica y clara a partir de la expedición del Decreto 410 de 1971², aún cuando antes en otros intentos se buscó consolidar dicha figura, sin lograr obtener la preponderancia y claro significado que hoy ostenta³.

Igualmente, el aludido contrato ha sido objeto, de disímiles tesis jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia sala de Casación Civil, las cuales han evolucionado constantemente, conociéndose entre sus últimos pronunciamientos, la definición realizada en la sentencia del 22 de junio de 2011, Magistrado Ponente EDGARDO VILLAMIL PORTILLA.

En el caso en concreto, resulta necesario indicar que entre las partes intervinientes, fueron celebrados dos contratos, uno de licencia de distribución, suscrito el 4 de septiembre de 1995, con un plazo de dos años prorrogables automáticamente (FL. 11 cd. 1), y otro de concesión para la reventa, signado 13 de enero de 2011, con duración indefinida (FL. 116 cd. 1), el cual fue terminado a partir de 8 de octubre de 2001 (FL.22). Contrario a lo referido, el actor pretende se declare la existencia del contrato de agencia comercial, a partir del 4 de septiembre de 1995 hasta el 21 de septiembre de 2001...”

(...)

Magistrado: HORACIO TOLOSA AUNTA

Providencia: Apelación Sentencia / 20 de Mayo de 2009

Radicación: 2004-0424

Proceso: ORDINARIO-RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL

Demandante: JOSÉ IGNACIO GIL VILLAMIL Y MARÍA EVA YAGAMA RUBIO

Demandado: CLÍNICA ESPECIALIZADA DE LOS ANDES

DESCRIPTOR: RESPONSABILIDAD MEDICA/ INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS/CARGA DE LA PRUEBA

RESTRICTOR: Consentimiento Informado/ Derecho del Paciente

TESIS:...” Es principio general de derecho que todo aquél que a través de un

² Decreto 410 de 1971, actual Código de Comercio Colombiano.

³ JUAN PABLO CARDENAS, El Contrato de Agencia Comercial Mercantil, Colombia Edit. Temis, pag 15.

comportamiento culposo cause lesión a un derecho ajeno está obligado a resarcirlo, para cuya efectividad la víctima está asistida invariablemente de la correspondiente acción indemnizatoria para excitar la jurisdicción del estado, cuya razón de ser está en hallar solución a los conflictos surgidos entre las personas como remedio esencial para preservar la convivencia y la vigencia del grupo social. Y dentro de ese género de la responsabilidad civil es preciso distinguir, según su fuente, entre la contractual y la extracontractual, atendiendo que el hecho lesivo haya tenido origen en el incumplimiento de un convenio previamente celebrado o simplemente por efecto de un comportamiento proscrito por el derecho, diferencia que llevó al legislador a prever regulación particular para cada una de ellas respectivamente a través de los títulos XII y XXXIV del Libro IV del Código Civil, o lo que es igual, la lesión de un derecho ajeno a través de un hecho le confiere a su titular acción indemnizatoria contra su autor, la que puede ser contractual según que esa conducta reprochable y lesiva del derecho ajeno constituya violación de una obligación que fue adquirida por virtud de un negocio jurídico, o simplemente aquiliana, sin mediar acuerdo, el sujeto protagoniza un comportamiento que causa el daño al titular del bien afectado. Si el daño proviene del incumplimiento de un negocio jurídico válidamente celebrado porque no se acataron las obligaciones causada en él, las acciones que pueden ejercitarse para resarcirlo han de ser las previstas para la regulación del incumplimiento contractual y con fundamento en las reglas especiales previstas para este tipo de responsabilidad, que reiteramos, regula el Título XII del Libro Cuarto del Código Civil, mientras que si el perjuicio devino como consecuencia no del incumplimiento del negocio jurídico sino de un comportamiento ajeno al mismo, la responsabilidad será la extracontractual, la que regula el mismo Código a través del Título XXXIV; y como se trata de responsabilidades estribadas en fuentes diferentes con regulaciones autónomas, no es dable confundirlas y menos utilizarlas indistintamente para hallar resarcimiento indemnizatorio. La doctrina ha reiterado sobre el particular:

“... Tradicional y básica es la distinción de regímenes legales de responsabilidad, así en su formulación doctrinaria como en su tratamiento procesal, según que la injuria se irroge por el deudor a su acreedor o, más genéricamente, que el acreedor resulte insatisfecho y el deudor no pueda justificar su falta de cumplimiento; o que el interés lesionado sea un derecho absoluto de personalidad o real, o un derecho de goce, no constituya objeto de una obligación incumplida, o su consideración, guarda o incolumidad no puedan estimarse incluidas dentro de la prestación que abarca el crédito.

(...)

Punto de partida en la formulación y apreciación del reclamo indemnizatorio, es la ubicación del daño en uno de aquellos dos campos de responsabilidad, que dentro de una comunidad de fundamentos, difieren en su regulación legal, especialmente en detalles individualizadores, ante todo en cuestiones de prueba, prescripción y aspecto del perjuicio, sus alcances y estimación.

(...)

Esa identificación de la causa petendi, indispensable para el tratamiento judicial del asunto desde un punto de vista normativo, con repercusiones en la valoración de los hechos y de las pruebas, está orientada a una cabal estimación del fenómeno y a impedir que un mismo quebranto pueda originar una doble indemnización con el ejercicio indiscriminado de la acción de responsabilidad, particularmente en aquellos casos en que se duda, y con fundamento, sobre la adecuada calificación del hecho como violación de los deberes del deudor, ante todo, con ciertos contratos cuyo desenvolvimiento coloca en gran proximidad a las partes y da ocasión a que una de ellas lesione a la otra en su persona o en los atributos y reflejos de la personalidad, hipótesis en las cuales es la sola ley quien puede dar una solución definitiva al interrogante de si la responsabilidad es contractual o extracontractual, y, en otros, cuando habiendo fallecido un contratante de resultados de acontecimiento ocurrido en el contrato con el otro, en la ejecución del contrato, demandan los herederos de él, que bien pueden ser simples sucesores, como también víctimas en sus propios intereses personales y patrimoniales, por causa del aquel deceso, a quienes se plantean la dificultad de localización de sus derechos...”⁴.

Igualmente en fallo del 19 de abril de 1993 expresó:

“1.1 Factor común a la culpa contractual y la aquiliana es que la primera se presume cuando la prestación incumplida conlleva una obligación de resultado, que es el mismo fenómeno que se presenta en la segunda cuando el daño a reparar ha tenido lugar en desarrollo de actividades reputadas por la doctrina como peligrosas, de las cuales de claro ejemplo el artículo 2356 del Código civil. Por los demás aspectos una y otra presentan diferencias fundamentales, como lo ha dicho repetidamente la Corte, principalmente en lo que tiene que ver con su trato jurídico, el sistema probatorio aplicable y la titularidad de la acción que una y otra genera, fuera de que, como ya se dijo, tienen distinto origen.

1.2 En lo tocante a la consagración legal, la culpa contractual está reglamentada en el Código Civil en el título XII, libro IV, previéndose allí tres distintas categorías de la misma, al paso que de la aquiliana se ocupa el título 34 que no prevé para ésta sino una sola modalidad; de tal manera que los principios legales o las reglas atinentes a cada una de ellas no pueden aplicarse indistintamente para la una o para la otra. Esa la razón por la cual la Corte sostuvo en sentencia de 17 de junio de 1964 que “dado el distinto tratamiento que el estatuto civil da a una y a otra en títulos diversos del mismo y la manifiesta diferencia que hay entre ellas, no ha aceptado que se puedan aplicar a la culpa contractual los preceptos que rigen la extracontractual, ni al contrario, sino que cada una se regula por las disposiciones propias” (G.J. CVII,333; 2 de mayo de 1970, CXXXIV, 124).

1.3 En materia probatoria, se distingue entre las obligaciones de medio y las de resultado que pueda conllevar la responsabilidad contractual, para determinar conforme a la misma a quién corresponde la carga de la prueba en cada caso particular, en tanto que en la extracontractual el acreedor debe demostrar la culpa del deudor, a menos que se trate del ejercicio de actividades peligrosas, donde ésta se presume. Además, como ya se indicó, la responsabilidad contractual puede ser grave, leve o levísima acorde con el beneficio reportado por el acuerdo, característica ésta que no va con la culpa aquiliana desprovista de gradación.

1.4 Por el aspecto del ejercicio de la acción que ellas generan, son también distintas una y otra de dichas culpas, porque la contractual sólo está en cabeza de quienes tomaron parte en el acuerdo o de sus causahabientes, que por la misma razón no pueden demandar por fuera de esa relación jurídica preexistente la indemnización del daño causado por la inejecución de las obligaciones acordadas, relación material ésta en la que ninguna injerencia tienen terceros, quienes por el contrario sólo son titulares de acción de responsabilidad nacida de hecho ilícito, de la que también se pueden servir los herederos del contratante afectado por el incumplimiento del acuerdo, cuando la culpa en que incurre el deudor les acarrea un daño personal. ...”

Sobre este tópico igualmente se pronunció al decir:

“2. Cúmulo de responsabilidades. Sentadas las anteriores premisas es pertinente abordar el tema de la pluralidad de acciones que pueden concurrir en cabeza de quien padece el daño, cuando procura el resarcimiento de los perjuicios que se le han irrogado.

“2.1 En esta materia la jurisprudencia tradicional de la Corte ha acogido la tesis clásica orientada por restringir o limitar la opción de responsabilidades, y, ajustada a este criterio por regla general ha rechazado de manera invariable la yuxtaposición de las dos formas mencionadas de responsabilidad, al paso que excepcionalmente y al mismo tiempo se ha mostrado siempre partidaria en otorgarle las dos acciones (contractual y extracontractual) en forma alternativa al heredero del perjudicado con la inejecución contractual, cuando éste recibe a su turno del mencionado comportamiento un perjuicio personal. ...”⁵.

Punto sobre el que el a-quo centró parte de su atención estuvo configurado en el tema de que los demandantes debían haber enfocado su libelo por los linderos de la responsabilidad contractual antes que por la extracontractual como finalmente actuaron. Y

⁵

C.S.J. Sentencia del 19/04/1993 M.P. Dr. Pedro Lafont Pianetta

si bien es cierto que doctrinal y jurisprudencialmente la relación paciente-médico o paciente-institución médica ha sido reconocida inescindiblemente como de índole contractual, en el caso concreto que convoca la atención de la Sala, su distinción opera apenas para sopesar los efectos de la obligación de indemnizar atendida su naturaleza jurídica. En todo caso, se trata de una demanda entablada por los herederos de la causante, de los que se supone no fueron partícipes de ningún contrato.

Es así como en uno y otro caso de responsabilidad, la culpa, el daño y el nexo causal son elementos a probar; empero, la diferencia entre la contractual y la extracontractual radican en que mientras la primera supone una obligación concreta, preexistente, formada por la convención de las partes y que resulta violada por una de ellas, es un efecto de la obligación y la culpa se constituye en la causa o fuente de una obligación de indemnizar el daño causado, la segunda consiste en la violación de un "**deber genérico de no dañar**", es una fuente de obligación nueva.

Por tanto, cuando la reclamación de la responsabilidad civil deviene no de la víctima por haber fallecido sino de sus herederos, los mismos están legitimados para reclamar mediante la acción hereditaria transmitida por el causante, o bien autónomamente como terceros afirmados en el perjuicio directo padecido, siendo la primera de rango contractual, y extracontractual la segunda. Y que los terceros, que no tienen la calidad de herederos de la víctima, solamente están asistidos legítimamente para reclamar indemnización en la modalidad de responsabilidad extracontractual.

Aún más, la jurisprudencia, frente al tema de las anteriores acciones, ha afirmado que los herederos válidamente pueden ejercerlas de manera simultánea, sin que conlleven quebranto del artículo 82 del C. de P.C., por indebida acumulación de pretensiones. Así lo han resaltado en fallos recientes de fechas 18 de mayo y 18 de octubre del año 2005.

En el primero advirtió sobre el tema:

"1. Cuando la víctima directa de un acto lesivo, fallece como consecuencia del mismo, sus herederos están legitimados para reclamar la indemnización del perjuicio por ella padecido, mediante el ejercicio de la denominada acción hereditaria o acción hereditatis, transmitida por el causante, y en la cual demandan, por cuenta de este, la reparación del daño que hubiere recibido. Dicha acción es de índole contractual o extracontractual, según que la muerte del causante sea fruto de la infracción de compromisos previamente adquiridos con el agente del daño, o que se dé al margen de una relación de tal linaje, y como consecuencia del incumplimiento del deber genérico de no causar daño a los demás.

"Al lado de tal acción se encuentra la que corresponde a todas aquellas personas, herederas o no de la víctima directa, que se ven perjudicadas con su deceso, y mediante la cual pueden reclamar la reparación de sus propios daños. Trátase de una acción en la cual actúan jure proprio, pues piden por su propia cuenta la reparación del perjuicio que personalmente hayan experimentado con el fallecimiento del perjudicado inicial, y su naturaleza siempre es extracontractual, pues así la muerte de este sobrevenga por la inobservancia de obligaciones de tipo contractual, el tercero damnificado, heredero o no, no puede ampararse en el contrato e invocar el incumplimiento de sus estipulaciones para exigir la indemnización del daño que personalmente hubiere sufrido con el fallecimiento de la víctima-contratante, debiendo situarse, para tal propósito, en el campo de la responsabilidad extracontractual.

"Se trata entonces de acciones diversas, por cuanto tienden a la reparación de perjuicios diferentes. La primera, puesta al alcance de los causahabientes a título universal de la víctima inicial, que se presentan en nombre del causante, para reclamar la indemnización del daño sufrido por éste, en la misma forma en que él lo habría hecho. La segunda, perteneciente a toda víctima, heredera o no del perjudicado inicial, para obtener la satisfacción de su propio daño..."⁶

Y en el segundo fallo precisó:

⁶

“... Como diáfano se advierte, la demandante reclama, de un lado, para la sucesión de... (iure hereditatis), la indemnización del perjuicio moral que su esposo padeció al verse postrado e impedido por causa del accidente, así como los sufrimientos y dolores que lo acongojaron hasta su fallecimiento, y de otro, para sí (iure proprio), el perjuicio que personalmente sufrió por causa del fallecimiento de aquel. Y no advierte la Corte, hay que decirlo sin ambages, que esa acumulación de pretensiones violenta las reglas procesales que regulan la materia y, mucho menos, las sustanciales que gobiernan la responsabilidad civil.

No estas últimas porque si bien los hechos que soportan ambas reclamaciones fueron los mismos, los daños no lo son; la demandante está cobrando dos perjuicios distintos mediante sendas “acciones” de las cuales es titular; tampoco ha confundido el objeto de cada pretensión, toda vez que contractualmente está cobrando el perjuicio sufrido por su causante y extracontractualmente el personal.

Por lo demás, no se advierte que en asuntos como el de esta especie exista norma que impida esa modalidad de acumulación de pretensiones ni ella repulsa las prescripciones del artículo 82 del Código de Procedimiento Civil que regulan la materia...”⁷.

El análisis probatorio nos conduce a considerar en primer lugar a quién corresponde la carga de la prueba y sobre el tema, la doctrina y la jurisprudencia han avanzado en establecer que esa obligación corresponde en este tipo de asuntos a quien resulte más fácil probar, lo conocido como carga dinámica de la prueba y a manera de precedente, esta Sala en oportunidad anterior, precisó lo que sigue:

“4. Advertidos de los criterios dentro de los cuales se regula por nuestro derecho la responsabilidad civil, interesa en esta oportunidad referir la relacionada con la surgida a partir del ejercicio de la ciencia médica, pues las pretensiones incoadas en la demanda apunta al logro de la demostración para los demandantes de su particular circunstancia de víctimas y por tal camino arribar a la obtención de una sentencia indemnizatoria que guarde correspondencia con el daño padecido.

El ejercicio de las profesiones liberales, a la vez que les otorga derechos retributivos como compensación atendiendo que previamente a sus titulares les está impuesta la realización de largos, complejos y dispendiosos estudios que finalmente son validados por las autoridades a las que el Estado les encomienda tal función, igualmente, como contrapartida, asumen cargas imperativas inherentes a esa particular situación de idoneidad en que sus titulares apoyan su ejercicio. La medicina, como profesión que es de este linaje, además de las obligaciones que emergen de sus particulares circunstancias, les imponen a los que han obtenido el reconocimiento del Estado para ejercerla, un especial celo y diligencia para que su proceder, encaminado al logro de la salud del paciente, esté asistido con perseverancia y dedicación cabal en el conocimiento y aplicación de las reglas científicas que la ciencia especializada aporta a las que del profesional puede y debe acceder. Todo porque, tratándose de un oficio directamente relacionado con la salud y por su virtud la misma vida de las personas, la preservación y realización se tornan en urgencia insustituible tanto para las autoridades como para las personas a quienes se les otorga certificado de idoneidad para que ejerzan una profesión que tiene su pilar fundamental en el afán de todos en que la vida no sea una circunstancia del grupo social sino un definido y primario propósito, sin cuya realización los demás derechos e intereses carecerían de razón.

Y así, en cuanto la vida es la finalidad primaria de la asistencia médica concebida dentro de un marco de prioridad frente a otras relaciones jurídicas, quien se dedique a ella se torna en un sujeto a quien la sociedad como el derecho le imponen un comportamiento sustentado en la plena idoneidad científica que la ciencia le otorga para ocuparse de la salud de las personas en la intensidad que permita afirmar que, atendiendo las particulares circunstancias en que actúa, su actitud corresponde a la plena realización de su trascendente oficio dentro del marco social.

(...)

En definitiva, la responsabilidad por el ejercicio de actividades hospitalarias como

médicas, que por lo regular se desarrollan dentro de un concepto de servicio integral, surge como consecuencia inmediata y directa del desarrollo de las mismas desquiciando las particulares circunstancias anotadas. Debiendo, por importar para el caso, precisarse que la responsabilidad de las empresas cuyo objeto es el servicio hospitalario, deviene no solamente por el incumplimiento de sus propios deberes sino de los médicos que utiliza para atender el servicio que ofrece y presta.

Ahora, en torno a la prueba de esa responsabilidad, la misma jurisprudencia ha venido resaltando que dadas las particulares circunstancias que rodean la actividad médica, no se puede someter a la víctima con sentido extremo al agotamiento de la carga probatoria de todos los elementos de la responsabilidad como lo dispone el artículo 177 del C. de P.C., sino que este texto ha de interpretarse dentro de un sentido dinámico para imponer la carga a la parte que esté en las circunstancias más propicias para aportarla como complemento de los deberes de lealtad y buena fe que preceden todos los actos de las partes. Es decir, no necesariamente tiene la víctima la carga de probar la culpa del médico, sino que si por las concretas circunstancias es el médico o la institución hospitalaria los que se hallan en la posibilidad de probar que el diagnóstico y tratamiento se cumplieron dentro del ámbito de la idoneidad y eficiencia requeridos por el caso, será uno y otra las que asumen la carga” (Sentencia del 28 de junio de 2006, proferida dentro del proceso ORDINARIO, Rad. 2005-0092, Sala Civil – Familia del Tribunal Superior de Tunja, M.P. DR. LUIS HUMBERTO OTALORA MESA).

(...)

El consentimiento informado es un derecho de los pacientes a recibir información acerca de los procedimientos médicos a los que van a someterse, para voluntariamente decidir el acogerse a ellos, en respeto a la autonomía libre de la voluntad del ser humano. Y desde el punto de vista jurídico, constituye un acuerdo de voluntades entre el médico y su paciente que necesariamente implica la existencia de consecuencias jurídicas, en la medida que tal acuerdo tenga concreción y a él se sometan las dos partes, lo cual encuentra reparo en el presente, si se observa que la firma del médico cirujano, hace que él no se comprometa y por tanto, como requisito primario el acuerdo de voluntades, torna el documento que nos ocupa, en inexistente, y no oponible a la paciente y sus dolientes, por conclusión directa que aquel no fue directamente celebrado.

Es tan importante el consentimiento informado, que es menester la constancia de su presencia en la etapa correspondiente del procedimiento médico quirúrgico, para que eventualmente la entidad demandada pueda exonerarse de responsabilidad por ese aspecto, acreditando que se surtió el trámite legal del mismo, y en todo caso le corresponde probar.

Así como lo señaló la Corte, corresponde al demandado acreditar en los términos del artículo 177 del Estatuto Procesal Civil, la presencia del consentimiento informado. Y de él no hay evidencia probatoria respaldada en el compromiso firmado del cirujano GOMEZ, con las demás falencia que ya se notaron al formulario preimpreso que ya se analizó.

Sobre ese tema el tratadista MARIO FERNANDO PARRA GUZMAN en su obra CARGA DE LA PRUEBA EN LA RESPONSABILIDAD MÉDICA (Ediciones Doctrina y Ley, Bogotá 2004), a página 209, puntualizó que:

“Es unánime la doctrina y la jurisprudencia en afirmar que el paciente, cada vez que tiene que ser tratado, debe conocer cuál es su perspectiva frente al tratamiento; es decir, frente a su padecimiento el médico tratante y la institución deben informarle a él y a sus familiares o al representante legal, en caso del incapaz, qué se puede esperar respecto de la atención. Pero este consentimiento o la consensualidad que parte de la expresión del paciente o sus familiares con la institución es recíproco, en la medida en que la institución y el médico tratante le han dado precisión al paciente sobre el tratamiento que se debe seguir y lo que se puede esperar de éste. Sin embargo, hay una tendencia generalizada que por fortuna, a fuer de los fallos condenatorios en contra de las instituciones clínicas, ha mermado de categorizar el consentimiento informado como cualquier constancia o formato concebido por la entidad médica, sin el lleno de los requisitos legales; y lo que es aún más aberrante, incluyendo cláusulas exoneratorias de responsabilidad, que pugnan de pleno derecho con la ley. Es deber de la entidad y los

médicos probar que cumplieron con el consentimiento informado. Es su carga probarlo”
(Subrayas fuera del texto).

La relación que la Sala efectúa en tema de consentimiento informado, conduce a señalar que este no cumplió con las exigencias legales, que fue negligente y omisiva la demandada al llenar los formatos preimpresos y por tanto se afirma que no se cumplió con la carga probatoria de demostrar que el consentimiento fue eficazmente surtido y por ende esa inexistencia del mismo, denota la dejación de deberes de la Clínica Los Andes, con consecuencias adversas para lo que pretende.

PARÁLISIS BELL

Esta Sala ha establecido la importancia de los antecedentes del paciente y son importantes en su conocimiento, para que con esa información y su análisis, se tengan los datos más completos y necesarios, que conduzcan a establecer el procedimiento más adecuado e idóneo, tendiente a superar los problemas de salud que lo aquejan.

(...)

Esto indica que, la demandada en el tema médico y de antecedentes fue negligente y omisiva y advertida de la enfermedad neurológica que padecía la persona a intervenir quirúrgicamente, no tomó las medidas y practicó los exámenes necesarios y obligatorios, para precaver cualquier complicación en la cirugía o posterior a esta, máxime cuando se señaló por profesional de la medicina como antecedente posible y causa del paro cardiorrespiratorio la presencia de unas enfermedades neurológicas, que se hubiera descartado o confirmado con la practica de un TAC o cateterismo cardíaco. Esta dejación de deberes por la Clínica demandada, no es indiferente en el tema de responsabilidad médica, pues conlleva a que se omitan los cuidados necesarios para preservar la salud y la vida de los pacientes y sea factor preponderante para delinear la causa y el nexo causal en el tema que nos ocupa...”

(...)

Magistrado: HORACIO TOLOSA AUNTA

Providencia: Apelación Sentencia / 18 de Abril de 2012

Radicación: 2009-0689

Proceso: EJECUTIVO SINGULAR

Demandante: CAJA DE CRÉDITO AGRARIO EN LIQUIDACIÓN

**Demandado: LUIS RAUL GUZMAN TOPAGA, NOHORA HERMELINDA
SAENZ SAAVEDRA, INVERSORA BLACK AND WHITE DE COLOMBIA LTDA.**

DESCRIPTOR: EJECUTIVO SINGULAR/ PRESCRIPCIÓN ACCIÓN CAMBIARIA/

RESTRICTOR: Obligaciones Solidarias

TESIS:...” La prescripción de la acción cambiaria, asignada por la ley a los títulos valores (artículo 789 del C. de Co.), ocurre al paso de transcurridos los tres años, una vez vencido el plazo de la obligación, término que se tiene para que el acreedor haga efectivo el derecho incorporado cuando el obligado cambiario no concurre a pagarlo voluntariamente, entendiendo dicha prescripción como aquella sanción contenida en la ley por no haberse ejercido la acción cambiaria durante el mencionado lapso de tiempo.

Ha de advertirse que como en cada uno de los pagarés de que se trata se pactó cláusula aceleratoria, la que se ejerció con la presentación de la demanda – que tuvo lugar el 3 de diciembre de 2004 -, atendiendo que el pago de las mencionadas obligaciones lo era por instalamentos, en principio este acto procesal interrumpirá el término de la prescripción de las cuotas vencidas hasta entonces, siempre que se de cumplimiento a lo previsto en el artículo 90 del Estatuto Procesal Civil, cuyo texto dice:

“La presentación de la demanda interrumpe el término para la prescripción e impide que se produzca la caducidad, siempre que el auto admisorio de aquella, o

el de mandamiento ejecutivo, en su caso, se notifique al demandado dentro del término de un (1) año contado a partir del día siguiente a la notificación al demandante de tales providencias, por estado o personalmente. Pasado éste término, los mencionados efectos sólo se producirán con la notificación al demandado.” (...).

Es de aclarar que esta disposición tiene relevancia para efectos de interrumpir el término prescriptivo a favor de los demandantes, siempre que se reúnan las condiciones que menciona, es decir que la notificación del auto mandamiento de pago a los ejecutados se realice dentro del término de un año, contado a partir del día siguiente a la notificación de dicha providencia al demandante. Sin la concurrencia de estos presupuestos, la interrupción de la prescripción no acontece, y en ese entendido el término de los tres años (artículo 789 del Código de Comercio), seguirá su curso hasta que se haya notificado el mandamiento ejecutivo a los demandados, contando desde el vencimiento de cada obligación.

(...)

La prescripción según nuestra normatividad Colombiana puede ser de dos clases, de acuerdo con el artículo 2512 del C.C.:

“la prescripción es un modo de adquirir las cosas ajenas, o de extinguir las acciones o derechos ajenos, por haberse poseído las cosas y no haberse ejercido dichas acciones y derechos durante cierto lapso de tiempo, y concurriendo los demás requisitos legales”.

De acuerdo a la clasificación expuesta, en el caso en estudio nos encontramos frente a la prescripción extintiva, ya que lo que se busca con la alegación de esta figura es hacer sucumbir la naturaleza civil de la obligación, evitando con la ayuda del transcurrir del tiempo, que pueda ser ejecutada en forma forzosa la entrega del dinero.

Para que se de la aplicación de la figura extintiva (como de la adquisitiva), es necesario que sea deprecada, o en el caso en concreto excepcionada de conformidad con lo establecido en el artículo 2513 de C.C.:

“El que quiera aprovecharse de la prescripción debe alegarla; el juez no puede declararla de oficio.

La prescripción tanto la adquisitiva como la extintiva, podrá invocarse por vía de acción o por vía de excepción, por el propio prescribiente, o por sus acreedores o cualquiera otra persona que tenga interés en que sea declarada, inclusive habiendo aquel renunciado a ella.” (Subrayas y negrilla extexto)

En concordancia con esta norma, el artículo 306 del C.P.C., señala que:

RESOLUCION SOBRE EXCEPCIONES. “Cuando el juez halle probados los hechos que constituyen una excepción, deberá reconocerla oficiosamente en la sentencia, **salvo las de prescripción, compensación y nulidad relativa, que deberán alegarse en la contestación de la demanda...**” (Subrayas y negrilla extexto)

(...)

Magistrado: LUIS ARMANDO TOLOSA VILABONA
Providencia: Sentencia de segunda instancia del 30 de Agosto de 2010
Radicación: 2006-287/2009-731
Proceso: PERTENENCIA
Demandante: Arquidiócesis de Tunja
Demandado: Personas Indeterminadas

DESCRIPTOR: PERTENENCIA CIVIL/ PRESCRIPCIÓN EXTRAORDINARIA DE DOMINIO / PATRIMONIO CULTURAL/ POSESIÓN LEGÍTIMA /

RESTRICCIÓN: IGLESIAS Y CONFESIONES RELIGIOSAS/ LLENO DE REQUISITOS LEGALES PARA LA PRESCRIPCIÓN/

TESIS: ...” Teniendo en cuenta que el código civil mediante el Art. 2518 permite ganar por prescripción el dominio de los bienes corporales, raíces o muebles y que las iglesias y confesiones religiosas les asiste el derecho de ser propietarias del patrimonio cultural que hayan creado y adquirido con sus recursos o que estén bajo su legítima posesión, (párrafo único Art. 4 Ley 397), se procederá a estudiar cada uno de presupuestos exigidos por la norma con el fin de probar la viabilidad de declarar la prescripción extraordinaria. Así se exige:

a) Haber poseído el bien por el tiempo de 20 años. Este presupuesto exige que se demuestre la posesión sobre el bien objeto de prescripción por el tiempo dispuesto por la ley; pues sin el, no es posible jurídicamente declarar la propiedad, dado que no es la sentencia la que otorga la propiedad, sino es el ejercicio de la posesión. Por ello se va a observar si la Arquidiócesis de Tunja mantiene los dos elementos constitutivos de la posesión, el animus y el corpus.

Para probar dicho postulado, se encuentra que la Diócesis aduce haber poseído desde tiempos inmemoriales superiores a cien años y hasta la fecha el inmueble ubicado en la carrera 10 No. 18-33/45 de forma regular, quieta y pacífica, sobre un lote de terreno, la iglesia, el local y sus anexidades, sin reconocer derecho superior en otra persona, al de ellos.

Quienes respaldan tal situación, son los monseñores José Ramón Páez Reyes e Ismael Baracaldo Piñeros, al decir que si bien el Templo San Ignacio perteneció a la comunidad de los Jesuitas, ahora pertenece a la Arquidiócesis, porque es sabido que al disolverse aquellas comunidades religiosas, los bienes destinados a culto religioso como son los templos, se dejaban en cabeza de las Diócesis de estos lugares, con la finalidad de seguir con la función religiosa. (fl. 4 cd-2); Situación que bien se acopla a la Arquidiócesis de Tunja, pues esta al ser creada en el año de 1880 ha ejercido la soberanía y posesión en el Templo por más de setenta años a través del mantenimiento del inmueble, en labores de aseo, pintura y pago de renta y patrimonio (fl.8 cd.2); además, de cobrar arrendamientos del local contiguo y de alquilar la Iglesia al Instituto Colombiano de Bellas Artes (ICBA) para actividades culturales como conciertos. Hechos que a su vez constata el monseñor Baracaldo Piñeros, quien adujo ser coadjutor de la parroquia en el tiempo de ser párroco el canónigo Luis Felipe Cuervo. (fl. 1 a 3 cd-2).

Así las cosas y sin dejar de lado las anteriores declaraciones, encuentra la Sala en el informe requerido por a quo al perito Faustino Cabrero Parra (fl. 13 a 39 cd-2), hechos notorios de posesión en el templo. Ello por cuanto del estudio a este trabajo, se observa en primera medida el acápite titulado -características constructivas- el cual describe el estado de la “estructura” (armazón, muros y cubierta) y “acabados principales” (fachada, cubrimiento de muros y pisos) tanto de la iglesia como del local comercial, objeto de usucapión, señalando que el templo está en excelente estado de conservación, mientras que el local comercial el estado es entre bueno y regular (fl. 21 cd-2).

Asimismo, también se observa como hechos notorios de posesión los signos que revelan las fotografías a folios 29 a 38 del cuaderno dos, los cuales además de revelar la belleza del retablo mayor, del sagrario espositario, del cristo crucificado, los cuadros del siglo XVII y la majestuosidad de cada una de las naves de la iglesia, también se revela que el inmueble se encuentra dispuesto para el culto religioso, y ello por cuanto a primera vista se ve vestido el altar mayor para oficiar misa, adornos florales en el sagrario, el realce del coro con la banderas y la ambientación por medio de iluminación artificial en cada uno de los parajes, todo ello destacado por la limpieza.

Ante estos hechos notorios, la Sala no puede ser indiferente, pues es claro que la Iglesia San Ignacio ha sido custodiada y poseída por mucho tiempo. Por ello, y a pesar que no se encuentra dentro del material aportado, documentos que prueben lo dicho por los monseñores, esta Corporación en procura de no vulnerar el derecho a la defensa y en vía de dilucidar tal situación, atenderá el especial valor probatorio atribuido por el estatuto procesal civil a los testimonios de los testigos⁸, que para el caso bien cumplen con los requisitos de ley. Asimismo, se tendrá como prueba las fotografías obrantes a folios 14 a

⁸ **Denominase prueba de testigos:** a “aquella que es suministrada mediante las declaraciones emitidas por personas físicas, distintas de las partes y del órgano judicial, acerca de sus percepciones o realizaciones de hechos pasados o el o que han oído sobre estos” (Palacio, Lino Enrique, Derecho Procesal Civil, Tomo IV, pág. 562).

17 y 26 a 38 del cuaderno dos que además de configurar el hecho notorio⁹ también demuestra la posesión por parte de la Arquidiócesis de Tunja en la Iglesia San Ignacio. No obstante, como en el relato expuesto la Arquidiócesis no determina el tiempo exacto por el cual accede a la posesión del Templo, la Sala contará el término de veinte años a partir del año en que le fue reconocida la Personería Jurídica, pues solo con la obtención de dicho certificado la Diócesis es capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones. Art. 633 C.C. Así, según el certificado que obra a folio 8 del cuaderno uno, bien se observa que la Arquidiócesis goza de personería jurídica desde el 18 de diciembre de 1974, tiempo que computado al momento de presentada la demanda de pertenencia, cuenta con treinta y un (31) años y trece (13) días de posesión. Tiempo suficiente para tener como probado el presente presupuesto.

b) No haber reconocido expresa o tácitamente durante ese periodo de tiempo, dominio a otra persona sobre el bien que alega la prescripción.

Delenteramente, el presente presupuesto esta llamado a prosperar, en la medida que no encuentra la Sala de las declaraciones, que la Iglesia haya sido objeto de intervención de otras entidades o personas o que se haya recibido auxilio para el sostenimiento o mantenimiento de la Iglesia (fl 7,8,9 cd-2), a parte de Diócesis, pues la restauración en el año de 1972 por parte de la Corporación de Turismo (fl. 29 cd-2) el cual debe entenderse por lo reglado en la Ley 397, deber del Ministerio de Cultura la protección y mantenimiento de los bienes de interés cultural como es la Iglesia de San Ignacio, además de la obligación de los planes de desarrollo de las entidades territoriales armonizarse en materia cultural con el Plan Decenal de Cultura y con el Plan Nacional de Desarrollo, Art. 4 literal a) inciso 2. Disposición que ha sido tenido en cuenta al listar a la Iglesia de San Ignacio dentro de estos planes como foco de continua sostenibilidad y preservación¹⁰.

Por ello y por observar que la Arquidiócesis presto el Santuario al Instituto Colombiano de Bellas Artes (ICBA) con el fin de llevar a cabo conciertos culturales, presentaciones artísticas de música y a la vez como sitio de culto (fl. 1, 2 cd-2); presupone el reconocimiento a la Arquidiócesis como actual poseedora y propietaria del Templo San Ignacio. Suerte que a la vez corre el local -restaurante "El bodegón", porque como quedo indicado, no es otra la "persona" a la que se cancelan los cánones de arrendamiento, sino a la Diócesis.

c) Que el que alegue la prescripción pruebe haber poseído sin violencia, clandestinidad, ni interrupción por el mismo periodo de tiempo.

Frente a este aspecto y teniendo en cuanta lo relatado anteriormente, considera necesario destacar que desde el siglo XVII se ha conocido a la Iglesia de San Ignacio como centro de encuentro religioso y hoy también como foco cultural. Templo que a su vez fue objeto de restauración por parte de la Corporación de Turismo en 1972 (fl. 29 cd-2), y entregada por parte del Estado a la Arquidiócesis de Tunja a la cual la comunidad ha solicitado permiso para llevar a cabo "actos especiales" (fl. 3 cd-2). Permitiendo ello dar cuenta de que la Arquidiócesis de Tunja, a la luz del conocimiento de la comunidad es la que tiene la posesión del Templo y no a otra persona..."

Magistrado: LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA

Providencia: Sentencia de Segunda Instancia del 20 de Marzo del 2012

Radicación: 2001-0189/2011-0374

Proceso: RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL

Demandante: Gloria Cecilia De Antonio Castellanos

Demandado: Compañía Nacional de Transportes y Otro

DESCRIPTOR: RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL / PERJUICIOS MATERIALES / PERJUICIOS MORALES / COSA JUZGADA PENAL ABSOLUTORIA/

RESTRICTOR: LA PRESCRIPCIÓN EN RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL

⁹ **Hecho notorio:** es aquél cuya existencia puede invocarse sin necesidad de prueba alguna, por ser conocido directamente por cualquiera que se halle en capacidad de observarlo. Según el artículo 177 del C. P. C., los hechos notorios no requieren prueba. (Corte Constitucional Sentencia C-145 de 2009. M.P. Nilson Pinilla Pinilla).

¹⁰ Consejo Municipal de Tunja. Acuerdo No. 0019 del 13 de Junio de 2008.

TESIS: ...”Eventualmente sobre un mismo hecho, el Estado a través de los fiscales y jueces en su obligación de investigar y juzgar las conductas antijurídicas puede iniciar a la acción penal para juzgar un hecho dañoso, y de forma correlativa la víctima y/o terceros interesados ante la jurisdicción civil, pueden iniciar proceso de responsabilidad con el fin de reclamar el pago de perjuicios derivados de la misma conducta. Pero fallado el juicio penal igualmente pueden iniciar el respectivo proceso indemnizatorio.

Para estos casos, resulta imperativo determinar, si una vez es decidido un preciso punto por el juez penal mediante sentencia ejecutoriada, es dable que otro Juez, así sea de distinta especialidad, lo aborde de nuevo, teniendo en cuenta los efectos de cosa juzgada que pueden derivarse de la sentencia penal.

Si la sentencia proferida por el Juez Penal es condenatoria, en nada se opone a una eventual condena civil en un siguiente juicio civil si la cuestión indemnizatoria no es zanjada por la autoridad penal. Una vez se determine que la conducta es típica, antijurídica y culpable, resulta obvio, además, complementario el proceso civil que busque reparar los perjuicios causados, cuando aquéllos no se reclamaron en la jurisdicción penal, por virtud de los efectos absolutos y erga omnes de la sentencia condenatoria penal. Sin embargo, la discusión se centra en los casos cuando se profiere sentencia penal absolutoria, ya que una vez absuelto de la responsabilidad penal un indiciado, imputado o acusado, la acción civil para el pago de perjuicios solo procede en excepcionales eventos.

Descendiendo al caso concreto, teniendo en cuenta que la decisión proferida por el a quo, está fundada en los efectos de cosa juzgada que aduce tener la sentencia que absuelve penalmente al demandado, Armando Acosta Vanegas, la Sala cotejará los casos en los cuales se producen los efectos de cosa juzgada de los fallos penales absolutorios.

Ya esta corporación mediante providencia de fecha 28 de julio de 2010, había puntuado sobre los eventos en los cuales la absolución penal tenía efectos de cosa juzgada, frente a la responsabilidad civil para los propósitos indemnizatorios por causa del daño:

“Ahora bien, cuando la víctima toma el camino declarativo ante el juez civil, para debatir la reparación o los perjuicios irrogados con la conducta punible, pueden presentarse variadas hipótesis, según el victimario haya sido absuelto o no. La sentencia condenatoria de carácter penal tiene valor absoluto de cosa juzgada frente al victimario, pero tratándose de decisión absolutoria, hácese necesario puntuar que no todos los eventos absolutorios de un procesado impiden que a este se le siga y prospere la acción civil. En el esquema del artículo 57¹¹ del Código de Procedimiento Penal (Ley 600 de 2000, derogado expresamente por la Ley 906 de 2004), se consignaba “(...) la acción civil no podrá iniciarse ni proseguirse, cuando se haya declarado, por providencia en firme, que el hecho causante del perjuicio no se realizó o que el sindicado no lo cometió o que obró en estricto cumplimiento de un deber legal o en legítima defensa”. Por lo tanto, mientras la sentencia condenatoria tiene efectos absolutos y erga omnes, la absolutoria, valor relativo, y no siempre impide el germen de la acción civil formulada contra el victimario y los terceros civilmente responsables.

Una providencia penal absolutoria ejecutoriada y en firme con alcances de cosa juzgada obstaculiza la acción civil, cuando 1. El hecho causante del perjuicio no ocurrió, física, fáctica o materialmente. 2. Cuando el sindicado no cometió el hecho imputado, es decir, el hecho si existió pero no fue cometido por la persona a quien se le imputa por no haber sido el autor del hecho delictivo o dañoso, debiéndose iniciar únicamente contra el verdadero autor, caso en el cual, como ha dicho la jurisprudencia civil, abarca hipótesis tales, como cuando la absolución penal reconoce un hecho que rompe el nexo causal indispensable para la configuración de la responsabilidad civil; es decir, todos los eventos de causa extraña, estimándose que medió: 2.1. Caso fortuito o la fuerza mayor¹², 2.2. El

¹¹ Artículo de la Ley 600 de 2000. Este precepto en esencia corresponde al artículo 28 del Código de procedimiento penal de 1936 (Decreto 2300). Algunas de esas circunstancias se encuentran en el art. 32 de la Ley 599 de 2000

¹² Por supuesto que en este preciso caso, debe tenerse en cuenta que el caso fortuito o la fuerza mayor, concebidas penalmente como causales de inculpabilidad desde el punto de vista lógico y ontológico, son indicativas de que el hecho si existió o si se consumó, pero el nexo causal ha quedado roto por el hecho extraño. No obstante, se incluyen como causa extraña, más no las otras circunstancias de inculpabilidad como las conductas cometidas por inimputables, porque los efectos jurídicos son disímiles, sea que nos encontremos con caso fortuito o fuerza mayor, frente a

hecho de un tercero, 2.3. La culpa exclusiva de la víctima¹³; 3. Cuando el imputado del hecho punible, actuó en estricto cumplimiento de un deber legal. 4. Cuando el autor actuó en legítima defensa.

“Eventos de extinción de la acción penal como en el caso de la muerte del imputado o acusado, aplicación del principio de oportunidad, amnistía, caducidad de la querrela, etc., no pueden extenderse a la acción civil derivada del injusto. Ni menos la caducidad de 30 días de la solicitud de reparación integral de que trata el artículo 106 de la Ley 906 de 2004 tiene la virtualidad de aniquilar la acción civil. Y téngase en cuenta que conforme al art. 80 de la misma Ley, “la extinción de la acción penal producirá efectos de cosa juzgada. Sin embargo, no se extenderá a la acción civil derivada del injusto ni a la acción de extinción de dominio”¹⁴ (Subrayas fuera del texto)”¹⁵.

También como lo ha dicho la jurisprudencia, cuando el motivo de la absolución es “(...) la causa de inculpabilidad conocida como defensa putativa, consagrada por el artículo 40, numeral 3ª del Código Penal, vigente para entonces, no puede asimilarse a la inexistencia del hecho, como lo afirma el recurrente, es decir, que éste física y fenomenológicamente no tuvo ocurrencia. Punto este que técnicamente no parece controvertido por el recurrente”¹⁶.

...” no siempre la cosa juzgada penal absolutoria implica el anodamiento de la acción civil, porque liberado el sindicado de la responsabilidad penal, es posible deba responder civilmente por los perjuicios causados, en casos como los que se vienen analizando, y en circunstancias fácticas como las referidas a las actividades peligrosas, campo fértil para las presunciones. Coherente con esta concepción, el legislador del sistema acusatorio colombiano en el art. 80 de la Ley 906 de 2004, diseñó la regla ya anunciada, según la cual la extinción de la acción penal no puede extenderse a la acción civil derivada del injusto ni a la acción de extinción de dominio.

Un fallo penal puede estar pañado de confusión o la absolución penal pudo haber brotado por razones ajenas al daño, por vencimiento de términos, por prescripción de la acción penal o porque existió duda al momento de proferir sentencia, en fin. En tales casos, no puede surtir efectos la cosa juzgada penal. No puede predicarse oposición, ruptura, desquiciamiento de la cosa juzgada ni de la coherencia del sistema jurídico cuando las razones en las cuales se soportan el fallo penal y el fallo civil, difieren esencial y estructuralmente porque aunque dentro de una concepción monista de la responsabilidad, los dos tipos de responsabilidad tienen elementos comunes o requisitos axiológicos análogos, no en todos los casos habrá identidad, sino distancia enorme, desde el punto de vista conceptual, desde la finalidad del sistema, desde las características y los fundamentos cognocitivos del hecho; por consiguiente, eximido de responsabilidad penal, el agente puede en ciertos casos, ser condenado civilmente a reparar los daños.

Nótese, el juicio penal proscribire la responsabilidad objetiva, mientras que el juicio indemnizatorio, las más de las veces se finca enérgico en ella; claro, la culpabilidad es fundamento de la responsabilidad civil y penal, pero en las actividades peligrosas, modalidad de responsabilidad que convoca en este momento a la Sala, difieren sustancialmente porque al paso que en materia penal debe probarse patentemente ese elemento como componente estructural del injusto para cimentar una sentencia condenatoria, en materia civil, elude su tratamiento o se presume, y por el contrario campean las presunciones a favor de la víctima y en contra del agente. Justamente nuestro derecho estructuró toda una teoría y una doctrina sobre esas actividades a partir del artículo 2356 del C. C. ¿Y qué decir cuando nos introducimos en las estepas de la

los comportamiento de los inimputables, eventos éstos en los cuales es innegable la responsabilidad civil.

¹³ Sentencias de marzo 16 de 2001, del 12 de octubre de 1999, expediente 5253; y 13 de diciembre de 2000, expediente 5510, todas de la Honorable Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil.

¹⁴ C. Const. Sent. C-591 del 9 de junio de 2005 mantuvo la exequibilidad del art. 80 de la Ley 906 de 2004.

¹⁵ COLOMBIA, TS de Tunja. Sala de Decisión Civil. Providencia del 28 de julio de 2010, M. P. Luis Armando Tolosa Villabona. Proyecto discutido y aprobado en acta No. 2-029. Ordinario de responsabilidad civil 2006-202/2009-400 de María del Tránsito Gómez Vs. Transportes Paz del Río y otros.

¹⁶ CSJ., Cas. Civil, Sent., ago. 12/2003 Exp. 7346 M.P. José Fernando Ramírez Gómez.

responsabilidad objetiva, como ya se pergeñó? Al ordenamiento penal le repugna, pero en el derecho de daños contemporáneo, en el mundo industrializado, en las obligaciones de resultado, en las actividades riesgosas, en el derecho ambiental y en otro tipo de quehaceres, todos constituyen campo inagotable para ese tipo de responsabilidad.

Bajo la anterior lógica, la Sala procederá a analizar, si en el asunto bajo estudio la sentencia penal absolutoria proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior de Tunja el 04 de junio de 2010, tiene la virtualidad de liberar de responsabilidad civil a la parte demandada dentro del asunto de la referencia...”

(...)

Magistrado: LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA

Providencia: Sentencia de segunda instancia/ 07 de Marzo de 2012

Radicación: 2007-0013/2010-0622

Proceso: ORDINARIO CONTRACTUAL

Demandante: Evelia García de Reina y Otros

Demandado: Compañía Suramericana de Seguros S.A.

DESCRIPTOR: CONTRATO DE SEGURO/ NULIDAD CONTRATO/ RETICENCIA DEL TOMADOR/

RESTRICTOR: NULIDAD RELATIVA DEL CONTRATO DE SEGURO POR RETICENCIA

TESIS:...” Para la especie del contrato de seguro de vida grupo deudores, es el acreedor quien prima facie está llamado a solicitar el cumplimiento de la prestación, consistente en la satisfacción de la obligación adeudada por el asegurado al momento de la ocurrencia del siniestro. En consecuencia, la legitimación de la acción en contra de la aseguradora, asiste principalmente al acreedor para reclamar el monto del crédito. Sobre el particular el Artículo 1144 del C. de Co. establece “En los seguros sobre la vida del deudor, el acreedor sólo recibirá una parte del seguro igual al monto no pagado de la deuda. El saldo será entregado a los demás beneficiarios”.

...”Si bien las partes argumentan, que la negativa del pago por parte de la aseguradora afecta su patrimonio como herederos del señor José del Carmen Reina lo anterior no es óbice para que se entiendan legitimados para efectuar la acción directa ante la aseguradora, al respecto la Corte Suprema de Justicia se pronunció:

“Desde luego que nadie desconoce, como así se reconoce en el contexto de la acusación y se afirma desde la propia demanda, que en el contrato de seguros de que se trata, **la calidad de beneficiario la tenía el titular del crédito. Distinto es que la condición de beneficiarios del seguro, los demandantes la hicieran derivar del hecho de que el banco acreedor no hubiere insistido ante la aseguradora en la reclamación y en su lugar haya acudido a demandar judicialmente el pago del saldo de la obligación contra uno de los codeudores solidarios.**

“Por supuesto que la anterior conclusión no fue insular, sino que es el producto de haber dejado sentado que el beneficiario del seguro no podía ser persona distinta del “exclusivo titular del crédito”, porque se trataba de un “**contrato de seguro destinado al pago de la deuda**” que el asegurado había contraído con el banco beneficiario, y porque **lo que se aseguró fue el pago del “saldo insoluto de la obligación”** que existiera al momento de ocurrir la muerte del deudor.

“Para el Tribunal, entonces, fue intrascendente que los demandantes fueran la “cónyuge” e “hijos” del deudor fallecido, porque el destino de la suma asegurada, convertían al tomador del seguro, beneficiario a su vez del mismo, como el “único” legitimado para reclamar la indemnización, inclusive frente al hecho de que éste no haya insistido en el pago ante la aseguradora y en su lugar hubiere acudido a demandar judicialmente el cobro insoluto de la obligación contra uno de los codeudores solidarios. Como se explicó en el precedente citado por el Tribunal (sentencia 025 de 23 de marzo de 2004, expediente 14576), al ocurrir el siniestro, **el acreedor del crédito quedaba habilitado para hacer efectivo el valor del seguro de vida grupo deudores, sin menoscabo, claro está, del derecho que también le asistía de solicitar o exigir el pago de la deuda “contra los otros codeudores solidarios si los hay”.**

“Por manera que si el ad-quem señaló que el “único beneficiario” del seguro era el banco acreedor, hasta concurrencia del saldo insoluto de la obligación, estaba significando que como no había defecto de beneficiarios, como tampoco remanentes, lo cual supone, en los términos del artículo 1144 del Código de Comercio, una suma asegurada creciente o decreciente, en todo caso superior al saldo de la obligación, la cónyuge e hijos del asegurado fallecido no podían considerarse como “beneficiarios supletivos”¹⁷.

Se colige que los herederos del asegurado pueden iniciar la acción pertinente, en contra de la aseguradora, pero solicitando que el valor debe ser pagado al acreedor, quien es en todo caso el beneficiario del seguro en el monto no pagado de la deuda. Queda bien claro que los herederos no están llamados a reclamar la prestación del seguro para sí, ya que el objetivo principal del contrato es asegurar el valor del crédito, en el momento en el que se concrete el riesgo, y en todo caso el valor adeudado debe ser pagado por la aseguradora al acreedor.

De modo que en el sub-exámine, todos los demandantes no se legitiman para iniciar la acción reclamando el monto del valor asegurado para ellos, ya que los valores asegurados deben dirigirse, específicamente, a satisfacer la obligación adquirida con la entidad crediticia, quien de conformidad con la póliza aportada, se constituye en tomadora del seguro, y al mismo tiempo en principal beneficiaria, y únicamente el saldo podrá ser entregado a los demás beneficiarios. Extraña la Sala que dado el interés de la entidad crediticia Leasing Colombia S. A. la parte actora no la haya vinculado a la acción, ni haya verificado el saldo de la deuda, pero aun más inaceptable que no haya solicitado conforme al art. 1144 en forma principal, el pago del valor asegurado a la entidad crediticia en calidad de acreedora, pues los demás beneficiarios únicamente participarían del saldo. Por supuesto, los causahabientes del asegurado podrán acudir a fin de que se cubra el crédito a la acreedora por la aseguradora peticionándolo así, o demostrando la existencia de un saldo o remanente a favor del asegurado fallecido, pero ni los hechos, ni las pruebas, ni la causa petendi ni el petitum de ese modo se presentan al proceso, ilegítima deviene la pretensión inserta en el libelo introductor.

(...)

Magistrada: MARÍA JULIA FIGUEREDO VIVAS
Providencia: Sentencia de segunda instancia/ 19 de Septiembre de 2012
Radicación: 2012-0225/2010-0016
Proceso: ABREVIADO DE RESTITUCIÓN DE PREDIOS RURALES
Demandante: ALVARO EDUARDO BORRÁS
Demandado: JORGE ELIÉCER RIVERA

DESCRIPTOR: RESTITUCIÓN DE PREDIOS RURALES/ LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR ACTIVA/ CESIÓN DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO/

RESTRICTOR: INEXISTENCIA DEL CONTRATO/ FALTA DE ALINDERACIÓN DEL INMUEBLE OBJETO DEL CONTRATO/

TESIS: ...” En acciones derivadas del incumplimiento de un contrato, hay que determinar previamente, y aún sin haberse pedido en la demanda, la existencia del contrato válido. De no existir el contrato, no surgen las obligaciones por las que se solicita la restitución por incumplimiento. Además, hay que tener en cuenta el tema referido a la eficacia de los contratos, a partir del cual se abona por la doctrina el tema referido a la relatividad contractual, entendida que los contratos surten efectos entre quienes fueron parte. Solo quienes intervinieron en el proceso de formación y perfeccionamiento del contrato o quienes de alguna manera adhieren al contrato emitiendo consentimiento, se vinculan. Solo frente a estos, se cumple el pacta sunt servanda que expone el Art.1602 del C.C. De tal manera entonces que los llamados, los legitimados para plantear acciones referentes al contrato mismo en cuanto a su ejecución, su cumplimiento, su resolución,

¹⁷ CSJ, Sentencia del 29 de septiembre de 2005. M. P. Jaime Alberto Arubla Paucar.

sus efectos, son quienes constituyen extremos de la relación sustancial. De no ser así, de no estar vinculado al contrato, no está legitimado para accionar su incumplimiento. No es titular del derecho en cuanto no es el titular del interés sobre el que se presenta acción de resolución contractual.-

Sabido es que formado el contrato, con el conjunto de formalidades que le sean propias adquiere perfección y su destino es de acuerdo a los efectos que buscaron los contratantes. El contrato como concurso de voluntades, que es un modo espontáneo de crear, extinguir o modificar obligaciones. Cualquier asunto referido al contrato convoca la concurrencia de quienes intervinieron en su formación, lo anterior significa que no es posible quitarle efectos a espaldas de quienes lo gestaron. Por eso es que se genera un litisconsorcio necesario y si judicialmente se declara ineficaz sin haber oído a alguna de las partes o alguna de las personas que participaron, no podía afectar la posición jurídica de quien no fue citado. La existencia de un contrato, por ser el resultado de la autonomía de voluntad privada y por ser producto de la libre voluntad de las personas, convoca a que los intereses que se ven afectados sean ejercidos por quienes se vincularon al contrato. Por regla de principio, los contratos se celebran para cumplirse. Precisamente por ello es que cuando se trata de contratos bilaterales y conmutativos como lo es el contrato de arrendamiento, las dos partes son deudoras y acreedoras recíprocas...”

(...)

Magistrada: MARÍA JULIA FIGUEREDO VIVAS

Providencia: Sentencia de Segunda Instancia / 23 de Agosto de 2011

Radicación: 2011-00130/2010-00175

Proceso: DIVORCIO/CESACIÓN DE EFECTOS CIVILES DE MATRIMONIO CATÓLICO.

Demandante: Jhon Jaisón Anaya Díaz

Demandado: Nancy Cristina Jiménez Parra

DESCRIPTOR: DIVORCIO/ CESACIÓN DE EFECTOS CIVILES DE MATRIMONIO CATÓLICO/ DEMANDA DE RECONVENCIÓN/ CAUSALES DE DIVORCIO/

RESTRICTOR: CAUSALES DE DIVORCIO/ SEPARACIÓN DE HECHO POR MÁS DE DOS AÑOS/CAUSALES DE DIVORCIO EN DEMANDA DE RECOVENCIÓN/ OBLIGACIÓN ALIMENTARIA ENTRE CÓNYUGES/

TESIS: ...” Quien dio lugar a la separación, quien propicio que la demandante en reconvencción se trasladara a otro lugar fue el propio actor principal del divorcio. Este no puede obtener ventaja de sus propios actos de omisión, ni de la distancia física, pero no de comunicación que él mismo generó. Bajo este entendido la Sala no encuentra que haya culpa de ambos cónyuges en la inarmónica relación matrimonial como se dice a folio 145 en la sentencia. Este Tribunal no encuentra que la culpabilidad del abandono a los deberes de esposo y cónyuge, o que el incumplimiento del señor ANAYA haya sido compartida con su cónyuge. ...”El distanciamiento final se debió precisamente a la infidelidad del demandante extendida por varios años y vigente a la fecha a derivarse por el hecho de las fechas en que nacieron sus dos hijos habidos con LUZ DARY YAIMA. Fácilmente puede establecerse que la relación data del 2001 y la infidelidad se extiende hasta el año 2006. Infidelidad que es razón suficiente para que cualquier miembro de la pareja unida en matrimonio plantee el divorcio. ...”Las anteriores situaciones no corresponden a los argumentos del A - Quo, expuestos para negar la cuota alimentaria a favor de la cónyuge no culpable. El análisis de las pruebas y el propio dicho del demandante hacen de recibo que se acceda a las pretensiones de la demanda de reconvencción por ende no solamente se confirmará la decisión de declarar el divorcio, sino que se modificará el numeral primero y el numeral quinto de la sentencia, para que en su lugar se accede a las pretensiones de la demanda de reconvencción, se condene en costas en ambas instancias exclusivamente al demandante y se fije una cuota mensual alimentaria a favor de la demandante en reconvencción. La primer causal de divorcio es precisamente las relaciones sexuales extramatrimoniales, es en este comportamiento que incurrió el demandado en reconvencción y fueron estas relaciones extramatrimoniales y su evidente infidelidad lo que deterioró la relación y lo que propició además que el señor ANAYA DIAZ haya buscado la forma de que su esposa se viniera, por disposición de él mismo a residir a otra ciudad a donde siguieron haciendo vida de pareja, mantuvieron la comunicación y éste apoyó económicamente. No es de recibo decir que por la falta de débito conyugal se dio la causal, ni que esta sea la razón por la cual se decreta el

divorcio. El incumplimiento de los deberes de esposo del señor ANAYA se da precisamente en la ausencia de presencia al lugar de residencia de su esposa. Si bien estaban lejos, se mantuvieron en contacto y el demandante principal proveyó a su demandada.

No hay ninguna separación consentida por el cónyuge demandante en reconvencción. Mal haría este Tribunal en reconocerle al demandante una causal que él mismo quiso configurar. La demandada no abandonó su hogar, sencillamente acordaron que se ubicara en otra parte. No faltó la señora NANCY CRISTINA a sus deberes de esposa. Se reitera que no participa con su comportamiento en la causal. No comparte culpabilidad y por ende no hay concurrencia de culpas. Bajo tal entendido entonces, como el cónyuge culpable es el demandado en reconvencción y no la demandante, resulta clara la procedencia de la cuota alimentaria. No de otra manera se establece de las pruebas incorporadas en segunda instancia de las cuales se deriva la infidelidad del demandado en reconvencción y el incumplimiento a sus deberes de cónyuge. Así se desprende la prueba documental y del interrogatorio absuelto por el demandado. Téngase en cuenta que la demanda se presentó en el año 2007 y para el año 2008 el demandado seguía asumiendo la provisión en los gastos de su esposa.

Finalmente, valga la pena señalar que la causal por la que se decreta el divorcio, alegada en la demanda de reconvencción y que es la infidelidad, está probada. Igualmente está establecido que la demandante en reconvencción no tiene una fuente de ingresos, no tiene capacidad económica para proveerse su propio sustento, dependía económicamente de su esposo y está solicitando alimentos, a los que se accederá. Como el demandado en reconvencción tiene dos hijos, se tendrá en cuenta este hecho y se partirá que el señor JHON JAISON ANAYA tiene registrados unos ingresos fijos (fl.121 del c.1. por un valor neto a pagar superior a dos millones doscientos mil pesos), que sirven de fundamento o sustento para fijar la cuota, sin perjuicio del sustento de sus dos hijos y el propio. El hecho que por el divorcio pierda el subsidio, no lo releva como cónyuge culpable del divorcio del deber de dar alimentos a su cónyuge. Esta tiene necesidad de dicha cuota, no está probado que tenga empleo, ni ingresos fijos. Se reconocerá una mesada por valor de doscientos cincuenta mil pesos mensuales (\$250.000.00), pagaderos cada mes, los que se descontarán por nómina y se reajustaran anualmente en la misma proporción que se incremente el salario mínimo legal mensual vigente. -

NOTA DE RELATORÍA: La Corporación acogió las pretensiones de la demanda de Reconvencción y decretó el Divorcio por las causales 1ª y 2ª del artículo 154 del C.C.

Magistrada: MARÍA JULIA FIGUEREDO VIVAS

Providencia: Sentencia de Segunda Instancia / 09 de Marzo de 2011

Radicación: 2010-0483/2008-0053

Proceso: EXTINCIÓN DE SERVIDUMBRE

Demandante: Angel Custodio García

Demandado: María Emilda Monroy Cañón y Otro

DESCRIPTOR: EXTINCIÓN DE SERVIDUMBRE/ CONSTITUCIÓN DE LAS SERVIDUMBRES/ SERVIDUMBRES DISCONTINUAS Y APARENTES/

RESTRICTOR: PREDIO DOMINANTE – PREDIO SIRVIENTE/ CARGA DE LA PRUEBA – PARTE DEMANDANTE/

TESIS: ...”Solo quien goza de una servidumbre, puede adelantar las obras necesarias para su ejercicio, conforme al Art.886 del C.C. Si la servidumbre no se ha constituido en forma voluntaria por vía de escritura pública, si el dueño del predio sirviente no ha concedido dicha servidumbre, el predio dominante que necesite la servidumbre, no puede proceder a su arbitrio, ni a capricho, ni como mas le convenga afectando en forma unilateral el predio contiguo. La servidumbre de tránsito es una servidumbre legal o voluntaria. El Art.905 del C.C. establece que si un predio se halla desprovisto de toda comunicación con el camino público, por interposición de otros predios, el dueño del primero tendrá derecho a imponer a otros la servidumbre de tránsito, en cuanto le fuere

indispensable para el uso y beneficio, pagando el valor del terreno indispensable para su la servidumbre y resarciendo todo otro perjuicio. Vistas así las cosas, para que el dueño o poseedor de un predio tenga derecho a una servidumbre legal, no puede imponerla por vías de hecho, o bien le solicita al dueño del predio sirviente la facilita y por ende la constituye en forma voluntaria; o en su efecto, acude ante un juez para que la declare y establezca. Además de lo dicho, para que haya lugar a la servidumbre en los términos del Art.905 se requiere que el predio esté desprovisto de toda comunicación con el camino público. De existir alguna forma de acceso, o de existir alguna vía de tránsito, es esta la que se impone y no la que le parezca arbitrariamente al dueño del predio sirviente, y si existe ya una vía de acceso, no puede ni solicitar otra, menos establecerla en forma arbitraria. No se pueden ir trazando vías, caminos o maneras de tránsito a conveniencia de quien quiere gozar de ellas. En caso de así proceder, dichos actos constituyen actos de perturbación a la posesión del predio que se afecta, y que esta en legitimación para reclamar por vía de amparo a la posesión. E incluso, puede proceder a hacer uso del derecho de cerramiento y levantar las cercas que considere pertinentes para evitar que se transite e impongas vías de tránsito por donde no existen, como lo establece el Art.902 del C.C. El dueño de un predio tiene derecho de cerrarlo o cercarlo. Mientras no exista legalmente constituida, por título o por orden judicial una servidumbre, el dueño del predio sirviente no está obligado a soportarla.-..."

(...)

SALA PENAL

Magistrada: CÁNDIDA ROSA ARAQUE DE NAVAS

Providencia: Sentencia de Segunda Instancia / 10 de Febrero de 2012

Radicación: 2011-0922-00

Proceso: HOMICIDIO SIMPLE EN MODALIDAD DE TENTATIVA

Denunciante: De Oficio

Denunciado: Fredy Albeiro Cortés Gualteros

DESCRIPTOR: HOMICIDIO SIMPLE/ MODALIDAD TENTATIVA

RESTRICTOR: DOSIFICACIÓN PADRE CABEZA DE FAMILIA/ ANTECEDENTES PENALES/

TESIS: ..." Art. 103. "HOMICIDIO. El que matare a otro, incurrirá en prisión de trece (13) a veinticinco (25) años." Pena que con el aumento dispuesto en la Ley 890 de junio 7 de 2004 el mínimo queda en 208 meses y el máximo en 450 meses.

Art. 27: "TENTATIVA. El que iniciare la ejecución de una conducta punible mediante actos idóneos e inequívocamente dirigidos a su consumación y ésta no se produjere por circunstancias ajenas a su voluntad, incurrirá en pena no menor de la mitad del mínimo ni mayor de las tres cuartas partes del máximo de la señalada para la conducta punible consumada. Cuando la conducta punible no se consuma por circunstancias ajenas a la voluntad del autor o participe, incurrirá en pena no menor de la tercera parte del mínimo ni mayor de las dos terceras partes del máximo de la señalada para su consumación, si voluntariamente ha realizado todos los esfuerzos necesarios para impedirla."

Esta imputación en los eventos de aceptación de cargos como para el presente caso, hace las veces de acusación a voces del art. 293 de la ley 906 de 2004, como lo ratificó el ente Fiscal en el escrito de acusación, que no se hacia necesario presentar; de ahí, que la sentencia debe ser congruente con la imputación fáctica y jurídica..."

..."la Sala enfatiza en lo esencial que resulta la imputación jurídica a efectos del análisis de la congruencia, que entronca directamente con las exigencias de correlación con la sentencia, afirmando que los "hechos" a que se refiere el artículo 448 de la Ley 906 de

2004 han de ser entendidos como hechos jurídicamente relevantes, precisión imperiosa principalmente en los procedimientos abreviados, en los cuales no se cuenta con el trámite de la alegación en el juicio oral consagrada en el artículo 443 del mismo ordenamiento en la que el Fiscal expone los argumentos analíticos de las pruebas y tipifica de manera circunstanciada la conducta por la cual ha presentado la acusación como garantía implícita de esa necesaria congruencia que impide extender el fallo más allá de la imputación o acusación en tales términos.

En efecto, la inclusión de circunstancias de mayor o menor punibilidad en la imputación o en la acusación, siempre que no hayan sido previstas de otra manera, tiene clara trascendencia, no sólo por su necesaria discusión y contradicción para establecer el equilibrio de las partes, sino porque ellas se reflejaran en el proceso de dosificación de la pena previsto en la Ley 599 de 2000 en la cual se restringió la discrecionalidad del juzgador al fraccionar el ámbito punitivo, pues fijados los límites mínimos y máximos en los que se ha de mover teniendo en cuenta las circunstancias modificadoras de tales extremos punitivos (v.gr. causales de agravación específicas del delito), establecerá según la concurrencia de circunstancias de mayor o menor punibilidad, el cuarto o cuartos dentro de los que deberá determinar en concreto la pena a través de la ponderación de los factores concernientes a la mayor o menor gravedad de la conducta, el daño real o potencial causado, la naturaleza de las causales que agraven o atenúen la punibilidad, la intensidad del dolo, la preterintención o la culpa concurrentes, la necesidad de pena y la función que ella ha de cumplir en el específico caso..." ANTECEDENTES PENALES/..."

Entonces, a contrario de lo afirmado por la defensa apelante se concluye, que la primera instancia vulneró el debido proceso, por dos razones:

En primer lugar, los antecedentes no son circunstancias de mayor punibilidad "El hecho de poseer antecedentes penales no es factor constitutivo de circunstancia de mayor punibilidad. Basta leer el art. 58 del Código Penal para arribar a tal conclusión. Y no pueden ser utilizados como enseña de una personalidad procive al delito, porque la personalidad ya no es uno de los parámetros que permiten fijar la pena (art. 61.3 Código Penal); y tampoco es posible inferir contra reo que si la carencia de antecedentes es causal de menor punibilidad (art. 55 Código Penal), su presencia lo sea de mayor punibilidad".¹⁸

En segundo lugar, se tuvo en cuenta al individualizar la pena la circunstancia de mayor punibilidad prevista en el ordinal 10 del citado artículo 58, generada en la coparticipación criminal que equivocadamente se refiere al No. 7, sin haber sido deducida jurídicamente por el ente persecutor penal y por ende no detectada con precisión por el imputado y su defensora.

Lo anterior, condujo a que se ubicara el juzgado en el extremo del primer cuarto medio ponderados los aspectos de la mayor o menor gravedad de la conducta, el daño real o potencial creado, la naturaleza de las causales que agraven o atenúen la punibilidad, la intensidad del dolo, la preterintención o la culpa concurrente, la necesidad de la pena y la función que ella ha de cumplir en el caso concreto art. 61 del C. P.-; en claro perjuicio del acusado, quienes aspiraban a una sanción menor dentro del primer cuarto medio.

Dado que, no hay conformidad absoluta entre el pliego de cargos y la sentencia, perjudicando la situación del implicado, ya que al momento de la dosificación punitiva, el juzgador se ubicó en el primer cuarto medio y no en el cuarto mínimo como legalmente correspondía; y en vista a que la formulación de imputación que equivale a la acusación por causa del allanamiento en la audiencia preliminar ante el juez control de garantías, se dedujo simple y llanamente la conducta punible de TENTATIVA DE HOMICIDIO SIMPLE –arts. 103 y 27 del C. P.-. Sin embargo, el Juzgado tuvo en cuenta la circunstancia de mayor punibilidad prevista en el ordinal 10 del citado artículo 58, generada en la coparticipación criminal y los antecedentes penales que registraba en el DAS CORTES GUALTEROS que en efecto como lo plantea la defensa no hace parte de las circunstancias de mayor punibilidad pero si deben ser evaluados para ponderar la pena pues denotan la personalidad delincinencial del procesado..."

(...)

¹⁸ Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal, sentencia mayo 18/2005, Rad. 21649.

Magistrada: CÁNDIDA ROSA ARAQUE DE NAVAS
Providencia: Apelación Sentencia Anticipada Condenatoria / 19 de Octubre 2011
Radicación: 2010-0552
Proceso: LESIONES PERSONALES CULPOSAS
Condenado: Andrés Castañeda Parra
Denunciante: Blanca Lucía Moreno de Caro y Otra

DESCRIPTOR: LESIONES PERSONALES CULPOSAS/PREACUERDO/ SENTENCIA ANTICIPADA/

RESTRICTOR: INCIDENTE DE REPARACION INTEGRAL / Lucro Cesante- Daño Emergente/Vida de Relación/

TESIS:...” El incidente de reparación integral se diseñó en la nueva legislación penal contenida en la ley 906 de 2004, con el fin de indemnizar los daños causados con la conducta criminal –art. 102-. El art. 97 del C. P. estatuye que en relación con el daño derivado de la conducta punible el juez podrá señalar como indemnización, una suma equivalente, en moneda nacional, hasta mil (1000) salarios mínimos legales mensuales. Esta tasación se hará teniendo en cuenta factores como la naturaleza de la conducta y la magnitud del daño causado. Los daños materiales deben probarse en el proceso. La Corte Constitucional en la SC-916 del 29 de octubre de 2002 declaró exequibles los incisos primero y segundo de este artículo, en el entendido que el límite de los mil salarios mínimos legales mensuales se aplica exclusivamente a la parte de la indemnización de daños morales cuyo valor pecuniario no fue objetivamente determinado en el proceso penal.

Los perjuicios materiales se entiende son los que afectan el patrimonio económico del perjudicado, es así como los arts. 1613 y 1614 del C. C., los divide para efectos de la responsabilidad civil contractual, que se ha aceptado por la doctrina y jurisprudencia nacionales para la responsabilidad civil extracontractual y que comprende el daño emergente y el lucro cesante.

El daño emergente entendido como el empobrecimiento directo del patrimonio económico del perjudicado. La disminución específica, real y cierta del patrimonio. En palabras más comunes el daño emergente lo conforma lo que sale del patrimonio del perjudicado para atender el daño y a sus efectos o consecuencias. Por la muerte de una persona, puede demandarse su indemnización a nombre de la sucesión o de manera directa por cada uno de sus herederos caso en el que se da el denominado “daño de rebote”. Los continuadores patrimoniales del de cujus, deben acreditar los gastos que en nombre de estos se hicieron para atender a las consecuencias del hecho como por ejemplo gastos de clínicas, agencias mortuorias, inhumación del cadáver o cremación cta., y se deben certificar por cualquiera de los medios probatorios dispuestos por la ley. De igual forma en los eventos de lesiones personales por ejemplo lo que se paga a los médicos, enfermeras, clínicas, farmacias, ortopedistas, y demás personas que intervienen en las diligencias encaminadas a evitar, curar o superar las consecuencias dañosas.

Según la definición del art. 1614 del C. C., el lucro cesante es la pérdida de la ganancia, beneficio, utilidad, que sufre el perjudicado como consecuencia del hecho dañoso. Más sencillamente lo que deja de ingresar al patrimonio económico del perjudicado como resultado del daño. Cuando este se traduce por el fallecimiento de una persona como desenlace de un hecho dañoso. Los perjuicios económicos, dentro del lucro cesante lo constituyen las sumas que dejó de percibir como consecuencia de la muerte de esa persona. En las lesiones personales, lo que la persona deja de recibir como ingreso durante el tiempo de su incapacidad, o como consecuencia de las secuelas que sufre.

Es importante anotar que el denominado lucro cesante eventual es muy diferente al perjuicio futuro, porque el primero es la pérdida de oportunidad o probabilidad y el segundo es un perjuicio cierto. Es una situación ligada a la idea de certeza, por ende si tal probabilidad era seria su privación constituye un perjuicio reparable, pero si es hipotética no da derecho a reparación.

El otro elemento determinante y necesario para fijar el lucro cesante en la indemnización que debe atenderse cuando se atenta contra a vida e integridad física de una persona es establecer la productividad del occiso, entendida como los ingresos económicos con los que atiende a sus propias necesidades y las de sus parientes con los cuales tiene obligaciones alimentarias. La fuente de ingresos o productividad puede ser muy variada. Esa diversidad debe tenerse en cuenta en su integridad para conformar el todo que origina la productividad de las personas y que va a servir para efectuar los cálculos. Los ingresos totales se pueden liquidar con base a las tablas de GARUFFA o los sistemas financieros implementados por el Consejo de Estado.

Los perjuicios morales se dividen en morales objetivados y morales subjetivados o "Pretium doloris", referidos los primeros a las repercusiones económicas de las angustias o impactos psicológicos y los segundos a la angustia, dolor o malestar que se sufre por el golpe emocional del daño. En la doctrina y en la jurisprudencia no existe discrepancia en la forma de valoración de los perjuicios morales objetivados, que en muchas ocasiones puede confundirse con el lucro cesante de los perjuicios materiales por cuanto se ha aceptado que son evaluables y esa cuantificación resulta relativamente sencilla si se tienen los elementos que permitan tasar, pecuniariamente hablando las repercusiones de las angustias o complejos o traumas. Inclusive se ha aceptado que pueden ser materia de dictamen pericial a través de la intervención de perito, significa que su monto resulta de lo que se acredite en el caso concreto. La discrepancia se presenta en la evaluación de los perjuicios morales subjetivados, precio de dolor como lo llamaron los romanos. Cuantificar el dolor, las consecuencias psicológicas, personales o individuales, las angustias o trastornos emocionales no es fácil. Cómo no están parámetros o elementos que permitan una cuantificación adecuada, justa, entran en juego muchos factores subjetivos del quien debe tasar su monto. En síntesis los perjuicios morales deben indemnizarse siempre que se den o se presenten ya sea en el campo de la responsabilidad contractual o en el de la responsabilidad extracontractual. En la jurisprudencia Colombiana se presume la existencia de perjuicios morales subjetivos, o pretium dolores, en los parientes próximos, por cuanto las más elementales reglas de experiencia, del diario vivir, indican y señalan la tendencia natural de sufrir dolor, angustia, padecimiento, pesadumbre, con la muerte de un ser querido.

Los daños morales de naturaleza y consecuencias estrictamente subjetivas, son los que se generan y se mantienen en la intimidad de la persona, lacerándola y acongojándola, pero sin mancillarse a través de su exteriorización. Por eso se ha llegado a denominar Pretium dolores a la satisfacción en dinero que la ley asigna a esa intangible consecuencia del delito. Y hubo necesidad de que la propia ley señalara su cuantificación máxima y que fuera el mismo juez el encargado de individualizarla en cada caso dentro de ese límite legal. Ello porque los sentimientos no tienen precio y porque, de tenerlo, habría de ser el propio ofendido o perjudicado quien los tasara, lo cual no armoniza con el carácter público del ius puniendi, encomendado al Estado. Al no ser el daño moral subjetivo, cuantificable pecuniariamente, escapa a toda regulación por medio de peritos¹⁹.

Para que el juzgador pueda hacer uso de la facultad discrecional prevista en el art. 97 del C. P., se requiere demostrar que el perjuicio moral realmente existió, que su causación se encuentra acreditada en el proceso, y que solo resta cuantificar su precio, pero no se trata de dejar al arbitrio del juzgador el reconocimiento de la existencia del perjuicio, sino solo de permitirle tasar racionalmente su valor dentro de los límites que la misma norma establece²⁰.

Otra clase de perjuicio es el fisiológico o a la vida de relación, el cual exige que se repare la pérdida de la posibilidad de realizar otras actividades vitales que aunque no producen rendimiento patrimonial, hacen agradable la existencia, y se diferencia de los perjuicios morales subjetivos que reparan la satisfacción psíquica o el dolor físico de la víctima, porque la indemnización del perjuicio fisiológico repara la supresión de las actividades vitales²¹...

(...)

¹⁹ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 26 de agosto de 1982.

²⁰ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 29 de mayo de 2002. Rad. 16.441.

²¹ Consejo de Estado Sección Tercera. Sentencia del 6 de mayo de 1993.

Magistrada: CÁNDIDA ROSA ARAQUE DE NAVAS
Providencia: Apelación Sentencia Absolutoria / 02 de Noviembre de 2011
Radicación: 2011-0682
Proceso: INASISTENCIA ALIMENTARIA/
Condenado: Marco Yobany Ríos Villamil

DESCRIPTOR: INASISTENCIA ALIMENTARIA/ JUSTA CAUSA/

RESTRICTOR: Favorabilidad- Igualdad- Rebaja de pena/ Readecuación de la pena

TESIS: ...” Uno de los delitos contra la familia es el de Inasistencia Alimentaria donde se considera responsable de dicha conducta a quien se sustraiga “sin justa causa” a la prestación de alimentos legalmente debido, elemento que siempre ha sido inserto en la definición típica, tal y conforme lo contempla el art. 233 del C. P. Significa lo anterior que el delito se estructura con el incumplimiento en la prestación de alimentos, siempre y cuando se haga sin motivo, sin razón que lo justifique, es decir, dejar de hacer lo que se debe hacer de manera infundada e inexcusable.

La Corte Constitucional en la SC-237 del 20 de mayo de 1997, que declaró la constitucionalidad de la norma que define esta conducta, sostuvo que no puede ser responsable quien incumple sus deberes determinado o empujado por una “justa causa”, textualmente dijo: “El deber de asistencia alimentaria se establece sobre dos requisitos fundamentales: la necesidad del beneficiario y la capacidad del deudor, quien debe ayudar a la subsistencia de sus parientes, sin que ello implique el sacrificio de su propia existencia..”

Tanto el alto Tribunal Constitucional como el Penal coinciden en reiterada jurisprudencia de la última Corporación mencionada en afirmar que de la Constitución Política y de las norma que rigen las legislación penal y procesal penal, se desprende que una persona solamente puede ser juzgada y sancionada después de un juicio plenamente respetuoso del debido proceso, dentro del cual se demuestre que cometió una conducta punible, esto es, típica, antijurídica y culpable. Tratándose de la primera de las exigencias, la tipicidad, es menester verificar si el agente ha recorrido en su integridad todos los elementos contenidos en el tipo penal, esto es, las características básicas estructurales, que la ley ha definido de manera inequívoca, expresa y clara.

Frente al delito de Inasistencia Alimentaria, el funcionario debe comprobar con base en las pruebas legalmente practicadas, si el agente se ha sustraído a la prestación de alimentos legalmente debidos, “sin justa causa”. La razón lícita, debe ser encontrada o excluida, a partir de estos aspectos que apuntan a que los alimentos deben ser prestados, en forma equitativa, por el padre y la madre, pues se trata, sin duda, de una obligación solidaria...”

(...)

Magistrado: EDGAR KURMEN GÓMEZ
Providencia: Apelación Sentencia Anticipada Condenatoria / 17 de Agosto de 2012
Radicación: 2012-00278
Proceso: FABRICACIÓN TRÁFICO O PORTE DE ARMAS DE FUEGO
Procesados: Faber Orlando Piramanrique Cáceres
DESCRIPTOR: DECRETO NULIDAD DE PRUEBAS- Irregularidades Sustanciales/ Irretractabilidad del allanamiento/Retractación del testigo

RESTRICTOR: Atribuciones de los órganos de la Policía /Tránsito legislativo- Ley 600 de 2000/Ley 906 de 2004

TESIS: ...” Revisada la sistemática contenida en la Ley 906 de 2004 encontramos que el art. 201 del C. de P.P. al preceptuar sobre los órganos que ejercen permanentemente

funciones de policía judicial, establece como uno de ellos a la Policía Nacional, autorizándola a ejercer esas funciones en defecto de policía judicial en el lugar.

El art. 202 al hablar sobre los órganos que ejercen funciones permanentes de policía judicial de manera especial dentro de su competencia, señala que estas funciones especializadas, entre otras, pueden ser ejercidas dentro del ámbito de su competencia por las entidades públicas que ejerzan funciones de vigilancia y control, entre las que a no dudar se encuentra la Policía Nacional.

El art. 205 en referencia a la actividad de policía judicial en la indagación e investigación, preceptúa que los servidores públicos que en ejercicio de sus funciones de policía judicial reciban denuncias, querellas o informes de otra clase, de los cuales se infiera la posible comisión de un delito, realizarán todos los actos urgentes tales como la inspección en el lugar del hecho. Además están autorizados para identificar, recoger y embalar técnicamente los elementos materiales probatorios y evidencias físicas que serán sometidas a la respectiva cadena de custodia.

De la misma manera el art. 208 del C. de P.P. al hablar sobre la actividad de la Policía Nacional autoriza a estos servidores cuando en ejercicio de su actividad policial descubran elementos materiales probatorios y evidencias físicas, a practicar el registro personal, identificar, recoger y embalar dichos elementos y evidencias...”

...” la captura, por tratarse de un delito en el que se pune un estado, como es el de portar arma de fuego, es legal y todos los elementos materiales probatorios y evidencias físicas, como el arma misma, derivadas de tal actividad, no pueden ser consideradas de ninguna manera ilegales o ilícitas.

El art. 23 del C. de P.P. estatuye como norma rectora la cláusula de exclusión al señalar que toda prueba obtenida con violación de las garantías fundamentales será nula de pleno derecho, por lo que deberá excluirse de la actuación procesal. Igual tratamiento señala recibirán las pruebas que sean consecuencia de las pruebas excluidas o de las que solo puedan excluirse en razón de su existencia, salvo los casos de vínculo atenuado, fuente independiente, descubrimiento inevitable y demás que establezca la Ley.

Así las cosas, entiende la Sala que la actividad de la Policía Nacional, incluso al haber entrado por una ventana a un establecimiento que se sabía era abierto al público, y haber pedido el permiso a una de las administradoras para realizar el registro correspondiente e inspección al lugar, deviene totalmente lícita y por lo tanto ninguna mácula advierte la Sala al respecto, por lo que la prueba captada, específicamente orientada al porte y tenencia del arma de fuego, resulta lícita y no se encuentra contaminada...”

...”La sentencia anticipada en los estatutos procesales precedentes fue diseñada como un mecanismo de colaboración eficaz con la justicia, e implica una serie de renunciaciones mutuas para el Estado y para el imputado. Para el primero porque no continúa ejerciendo su potestad investigativa, mientras que para el segundo implica que no se agoten los trámites normales y la renuncia a la controversia de la acusación y de las pruebas en que ella se funda.

El Estado reconoce que con los elementos de juicio aportados hasta ese momento es suficiente para respaldar un fallo condenatorio que parte del conocimiento más allá de toda duda acerca de la existencia del hecho punible y de la responsabilidad del procesado. Dicho conocimiento se corrobora con la aceptación integral de los hechos por parte del imputado y por esa razón en el anterior estatuto procesal se le dio la connotación de confesión simple.

Por tanto el instituto de la sentencia anticipada en estatutos procesales precedentes implicaba una serie de consecuencias que resumidamente se explican así:

1.- El sindicato no podía retractarse de la aceptación de cargos, siempre que hubiera sido libre, voluntaria y espontánea y que no implicara vulneración de garantías fundamentales.

2.- La renuncia a solicitar y a practicar pruebas, pues se estimaba que con las hasta ese momento procesal recaudadas, era suficiente para edificar el juicio de tipicidad y de responsabilidad del procesado.

3.- Necesariamente la sentencia tendría que ser condenatoria y por eso, salvo casos excepcionadísimos, como por ejemplo del concurso aparente de tipos penales en el que se podía absolver por uno de los delitos y condenar por el otro, la sentencia fatalmente debía ser condenatoria.

4.- A cambio de esa conducta procesal el condenado recibía una rebaja de pena de una tercera parte.

5.- Para la parte defendida operaba el principio de limitación del recurso en razón a que sólo, en atención a la especial naturaleza del instituto, se podía apelar de la dosificación de la pena, de los mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad y de la extinción del dominio sobre bienes.

La pregunta que corresponde formular a la Sala es si: ¿en el actual estatuto procesal contenido en la Ley 906 de 2.004 rigen para la figura de la sentencia anticipada a la que se arriba por la vía de la aceptación total de los cargos verificada en la audiencia de imputación, los mismos principios que regían desde antaño?

En el inciso 2º del art. 293 de la Ley 906 de 2.004, el principio de no retractación del allanamiento encontró consagración legislativa al señalar que “examinado por el Juez de conocimiento el acuerdo para determinar que es voluntario, libre y espontáneo, procederá a aceptarlo sin que a partir de ese entonces sea posible la retractación de alguno de los intervinientes, y convocará a audiencia para la individualización de la pena y la sentencia”. (Resalta la Sala). Y en el párrafo adicionado por la Ley 1453 de 2011, art. 69, se preceptuó que “La retractación por parte de los imputados que acepten cargos será válida en cualquier momento, siempre y cuando se demuestre por parte de estos que se vició su consentimiento o que se violaron sus garantías fundamentales”.

...”a ninguno de los intervinientes en el proceso penal le es dado retractarse de lo acordado o allanado, con posterioridad a que el Juez verifique si el allanamiento o acuerdo fue voluntario, libre y espontáneo y por lo tanto no desconocedor de derechos y garantías constitucionales fundamentales.

Creemos aún más que en ausencia de regulación legislativa, la retractación tampoco sería posible, de acuerdo al contenido no solamente del art. 83 constitucional, que consagra el principio de la buena fe, sino con base en el art. 12 rector del C. de P.P., que establece el principio de lealtad procesal, que por su condición de norma rectora es obligatorio y prevalente sobre cualquier otra disposición del código, reconociéndose su condición de fundamento interpretativo de las normas en el código contenidas.

En virtud de dicho principio todos los que intervienen en la actuación procesal, sin excepción alguna, están en el deber de obrar con absoluta lealtad y buena fe.

Por ello no le es posible a la defensa prohiar retractaciones parciales o totales del allanamiento a los cargos realizados en la audiencia de imputación, porque ello constituiría actuar desleal con la administración de justicia. Una vez verificado que el allanamiento obedecía a un acto voluntario, libre y espontáneo del imputado, no desconocedor de sus derechos y garantías fundamentales, no le es posible a la parte defendida cuestionarlo, argumentando aspectos que minan parcialmente su efectividad, en unos casos, o que la desconocen totalmente, en otros.

Así las cosas, aunque el principio de limitación del recurso en el actual estatuto no hubiera tenido específica consagración, con base en el principio rector de la lealtad procesal, ya no le es posible a la parte defendida alegar aspectos que atañen a la tipificación de la conducta y/o a la responsabilidad penal del acusado, ni menos aún alegar posibles

nulidades con la intención de desconocer el allanamiento a cargos válidamente aceptado por el imputado.

Encuentra la Sala que con la alegación de la nulidad lo que pretende el señor defensor es dejar sin efectos la imputación y por lo tanto prohijar de manera disimulada la retractación de la aceptación que de los cargos hizo voluntaria, libre y espontáneamente su prohijado.

Este actuar de la defensa va en contravía con la naturaleza misma del allanamiento a cargos para provocar sentencia anticipada, porque el procesado acepta que con las pruebas hasta ese momento captadas es posible cimentar el juicio de responsabilidad. Y estas pruebas, en el caso de autos, ni más ni menos, se derivaban de la actividad legítima desarrollada por los miembros de la Policía Nacional en una casa de lenocinio, abierta al público, en donde practicaron la inspección al lugar y obviamente el registro corporal del señor Faber Orlando Piramanrique Cáceres, a quien se le encontró un arma, de la que manifestó no portaba permiso de autoridad competente y que por lo tanto condujo a su captura en flagrancia.

Por tanto ya no es posible argumentar la nulidad de las probanzas captadas, por presunta ilegalidad, que no lo son reitera la Sala, porque esto implica retractarse de la aceptación a cargos y de las consecuencias de la misma, que son ni más ni menos, la aceptación plena de las probanzas captadas...”

(...)

Magistrado: EDGAR KURMEN GÓMEZ

Providencia: Apelación Sentencia Condenatoria / 12 de Octubre de 2012

Radicación: 2011-00934

Proceso: CONTRATO SIN EL CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS LEGALES/PECULADO POR APROPIACIÓN A FAVOR DE TERCEROS

Condenados: Ariel Eduardo López Nova y Otros

DESCRIPTOR: FRACCIONAMIENTO DE CONTRATOS /PROCESOS FISCALES- PROCESOS PENALES

RESTRICTOR: Servidores Públicos- Calidades

TESIS: ...” En el tema de la contratación el principio de transparencia tiene especial connotación porque su aplicación involucra muchos otros principios que la rigen. Por éste motivo, en la contratación directa el contratante revestido de una función pública como representante del Estado y por lo mismo cuidador y veedor de sus recursos, tiene la obligación de garantizar en la selección del contratista el cumplimiento de los principios establecidos en la Ley 80 de 1993 y por lo mismo le está vedado eludir los procedimientos de selección objetiva, de economía y los demás principios presentes en el estatuto de contratación pública.

Precisamente el sello de garantía lo otorgan los primeros estudios de conveniencia y oportunidad que avalen el futuro de la contratación en beneficio del interés público. Es por la importancia de ésta etapa precontractual que se hace el reproche a los actores responsables de ésta función, porque entre otras cosas, transciende socavando los principios de economía, selección objetiva, buena fe y transparencia...”

...”no existió ni asomo de estudios previos de conveniencia y oportunidad, firmando los contratos sin este requisito, aspecto que desencadena el flagrante desconocimiento del principio de economía que se pretende con la actividad contractual, pues es con fundamento en este principio que se evita la malversación del recaudo público al existir una previa planeación derivada de estudios serios de las propuestas más favorables y la necesidad y conveniencia de adquirir los bienes con las personas escogidas para contratar.

La aplicación de este principio implica de paso el cumplimiento del principio de selección objetiva, porque con los estudios previos de conveniencia y oportunidad del proceso se incluye el deber de evaluar la calidad y los intereses en términos económicos para la selección de la propuesta por el Departamento de Planeación, exactamente en la oficina del Banco de Proyectos...”

...”Por tanto la anotada inactividad de los funcionarios públicos desconoció el principio de transparencia y selección objetiva y de contera el principio de economía, en la medida que era un deber para estos sujetos la elaboración de estudios serios de mercadeo previos a la escogencia de los contratistas, por medio de cotizaciones directas en el comercio y la constatación de las empresas o distribuidoras que se convoquen para cotizar. Así las cosas no resulta suficiente con poseer la insular información presentada por los proponentes, sino que se imponía también en ejercicio de la actividad contractual, verificar que la propuesta económica allegada fuera verosímil o por lo menos acorde con los precios que el mercado convencional proporciona, máxime si se trata de grandes cantidades de objetos de una misma especie, aspecto que puede minimizar costos significativamente...”

(...)

Magistrado: EDGAR KURMEN GÓMEZ

Providencia: Apelación Sentencia Condenatoria / 23 de Marzo de 2012

Radicación: 2011-0931-0

Proceso: ESTAFA

Condenado: Alfredo Cardona Rueda

DESCRIPTOR: ESTAFA/ DELITO MASA/ ESTAFA AGRAVADA

RESTRICTOR: Pluralidad de sujetos activos

TESIS: *...” De cara al modus operandi y la unidad de acción en los estafadores quienes por los mismos medios publicitarios captaban a las plurales víctimas que concurrían a la mal denominada “casa de sanación”, con el propósito de esquilmar sus patrimonios, utilizando la misma modalidad conductual mediante similares ardides y engaños, podemos aseverar, como se indicó en la resolución acusatoria, que se está frente a un delito masa...”*

...”Es claro para la Sala que la conducta de los sujetos activos estuvo siempre motivada por la finalidad de esquilmar a la comunidad en general, que se hacía presente motivada por las cuñas radiales que invitaban a concurrir a la “casa de sanación” con el propósito de liberarlos de innumerables males o problemas. Es así como el delito se puede catalogar de delito masa, porque el bien jurídico del patrimonio admite grados de afectación, o como lo dice la Corte Suprema de Justicia, diversas cantidades de daño o menoscabos de diferente cualidad, y las maniobras estaban dirigidas a la comunidad en general, que fue motivada precisamente por las cuñas radiales y con la misma finalidad en los delincuentes de lucrarse indebidamente del patrimonio ajeno. Por esa razón es necesario también examinar los elementos del delito de estafa para predicar que indiscutiblemente estamos frente a un delito masa de esta condición.

Los verbos rectores que describen al tipo penal o por los que se llega al resultado y que son induciendo o manteniendo en error, se convierten en el patrón comportamental de los implicados, pues utilizando medio publicitario prometían, garantizando el trabajo, gracias a labores sobrenaturales o milagrosas, solucionar y liberar de sus problemas a quienes convencidos de la pauta publicitaria allí acudían. Les convencían inicialmente de estar bajo influjo de embrujos del que los liberarían y en una elaborada actividad terminaban

haciéndoles creer que en sus predios existían entierros, con guacas de extraordinario valor, a tal punto que incluso vendían sus pertenencias o adquirían créditos para la realización de dicha labor. Desde luego la manifestación sobrenatural de la existencia de la guaca, era labor bien orquestada y preparada, pues generalmente abrían tres huecos y de uno de ellos hacían brotar fuego, desde luego con elementos químicos dispuestos de manera soterrada que hacían combustión. Por arte de magia aparecía una calavera de un indígena, vestigios del tesoro como monedas de oro o morrocotas y un supuesto testamento, donde estaban consignadas las instrucciones para el éxito de la tarea criminal, que culminaba con la exacción de grandes sumas de dinero

Las dos conductas modales que menciona el tipo penal están presentes y claramente diferenciadas en los tiempos de la ejecución de la conducta, de ésta manera.

La primera conducta induciendo se refleja en la manera como atraían a las personas para esquilmarles su dinero, utilizando un medio idóneo para lograr el cometido, esto es por medio de emisoras radiales que se escuchaban en varios municipios de Boyacá y en Tunja, en el que anunciaban la solución a todos los problemas de salud, sexo, dinero, suerte, etc. A no dudarlo tal estrategia indujo y animó a muchas personas a creer en los llamados “profesores” y a acudir a su llamado.

La segunda modalidad conductual consiste en mantener en error al sujeto pasivo, lo que efectivamente se logró tras la promesa de sanarles la enfermedad o darles números de lotería o de la suerte, que culminaban con la existencia de tesoros escondidos en sus tierras. La tarea criminal se desarrollaba paso a paso, proporcionando inicialmente supuestos remedios, por los que pedían dinero de manera exacerbada. Mientras se cumplía el efecto prometido, les decían que los habían “trabajado” o que estaban bajo el efecto de un embrujo o maleficio y para liberarlos de tales males cobraban también bastante dinero. Posteriormente les daban, mediante trucos, números para ganar la lotería y mientras ése número se manifestaba en paredes o en hojas de papel, los convencían de guacas presentes en las casas o fincas, para lo cual se valían de combustiones provocadas con elementos químicos que con tal propósito predisponían, indios de barro, monedas antiguas y supuestos testamentos que en realidad eran amenazas construidas por ellos para obligarlos a dar el dinero solicitado. De ésta manera y con cada treta fueron defraudando el patrimonio de sus clientes manteniendo en error durante meses a las víctimas, reinventando y reelaborando la manera de convencerlos y de someterlos. No de otra forma se explica que no solo dinero les hubieran entregados, sino objetos de valor como un automotor, perfumes, joyas, compra de numerosos electrodomésticos y botellas de bebidas embriagantes.

Así las cosas, aparece de manera específica la conducta exigida por el tipo que conduce al resultado estafa...”

(...)

SALA LABORAL DE DECISIÓN

Magistrado: JORGE EDUARDO RAMÍREZ AMAYA
Providencia: Apelación Sentencia / 02 de Marzo de 2012
Radicación: 2012-146
Proceso: CONTRATO DE TRABAJO
Demandante: José Jaime Sosa Merchán

Demandado: Ideaguas de Colombia E.U., y Otro

DESCRIPTOR: RELACIÓN LABORAL / Reliquidación de Prestaciones Sociales/SANCIÓN MORATORIA / Trabajo Suplementario

RESTRICTOR: SALARIOS INSOLUTOS/Indemnización por Despido

TESIS:...” Dentro del postulado señalado frente a los asuntos en discusión, se advierte que en relación con el trabajo suplementario, dominical y festivo en la cual se desempeñó la labor, es el demandante el interesado en demostrar lo discutido quien debe allegar al proceso las pruebas que comprueben su dicho; así también, a la parte demandada corresponde aquellas que lo desvirtúen. De tal modo, cada una de las partes podrá hacer uso de los medios probatorios como lo indica el artículo 45 del C.S.T.; a la luz de lo señalado en el artículo 175 del C.P.C.: “Sirven como pruebas la declaración de parte, el juramento, el testimonio de terceros, la inspección judicial, los documentos, los indicios y cualesquiera otros medios que sean útiles para la formación del convencimiento del juez...”

...”No sobra recordar que la noción de carga de la prueba incluye para el juzgador una regla de juicio que le indica cómo debe fallar cuando no encuentra la demostración de los hechos en que se fundamenta la pretensión o excepción y se traduce en la obligación del juez de considerar existente o inexistente un hecho según que una de las partes le ofrezca o no la demostración de su inexistencia o existencia.²² Su inmediata consecuencia no puede ser otra que la no determinación del trabajo suplementario, dominicales y festivos, reliquidación de las diferentes prestaciones sociales comunes y descanso remunerado...”

(...)

Magistrado: JORGE EDUARDO RAMÍREZ AMAYA
Providencia: Apelación Sentencia / 30 de Agosto de 2012
Radicación: 2012-165
Proceso: CONTRATO DE TRABAJO
Demandante: Sonia del Pilar Gámez Otálora
Demandado: TAXI LIBRE LTDA

DESCRIPTOR: CONTRATO DE TRABAJO/ TÉRMINO INDEFINIDO/CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS/ CONTRATO LABORAL/ -DIFERENCIAS-

RESTRICTOR: RECONOCIMIENTOS RELACIONES LABORALES/PRESCRIPCIÓN DERECHOS RECLAMADOS/ NIVELACIÓN LABORAL

TESIS: “quien celebra un contrato de prestación de servicios tiene la calidad de contratista independiente sin derecho a prestaciones sociales y quien celebra un contrato de trabajo tiene derecho al pago de éstas.

Así mismo, que aunque se haya realizado una vinculación bajo la forma de contrato de prestación de servicios, si el interesado logra desvirtuar su existencia al demostrar la presencia de la subordinación o dependencia respecto del empleador, tendrá derecho al pago de prestaciones sociales en aplicación del principio de prevalencia de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo, (art. 53 C.P. de 1991).

Criterio que la Sala ha compartido, al insistir en la importancia de la subordinación. De acuerdo con lo anterior en un plano teórico y general, cuando existe un contrato de prestación de servicios entre una persona y una entidad de derecho privado y se

²² Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil, Sentencia de 25 de enero de 2008, exp. 00373.

demuestra la existencia de los ya citados tres elementos propios de toda relación de trabajo, surge el derecho a que sea reconocida una relación de trabajo que, en consecuencia, confiere al trabajador la prerrogativas de orden prestacional.

Ahora Bien, en el artículo 22 del C.S.T. el legislador definió el contrato de trabajo como "... aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra natural o jurídica, bajo la continua dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración".

A efecto se recuerda como ya se dijo que el artículo 23 *ibídem*, condiciona la existencia de contrato de trabajo a la concurrencia de tres elementos esenciales como lo son: la actividad personal del trabajador, es decir, realizada por sí mismo; la continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador, y un salario como retribución del servicio.

Respecto de la subordinación, como lo afirma Francisco Javier Romero Montes²³, surge como un hecho histórico durante la época del trabajo industrial en el siglo XIX, cuando el hombre no era dueño de los medios de producción y por lo tanto requería entregar sus servicios a quien sí los tenía, a cambio de remuneración y con la potestad de dirigir el trabajo. Es lo que se ha conocido como el trabajo por cuenta ajena, es decir, por cuenta del empleador.

Esta dependencia se concreta en elementos como el sostenimiento del trabajador a las órdenes del empleador, la continuidad en el trabajo, la exclusividad en la prestación de los servicios, la sujeción a una jornada u horario, la remuneración, el control por parte del empleador respecto de las actividades del trabajo y la ejecución del trabajo con medios de propiedad del empleador, entre otros.

La evolución de este elemento ha llevado a la noción actual de "subordinación jurídica" como la que mas se ajusta a la naturaleza del derecho laboral actual. El tratadista Mario de la Cueva sostiene que donde exista subordinación como poder jurídico, es decir, como principio de autoridad, se habla de derecho laboral.

En efecto, la legislación laboral colombiana lo considera como el elemento característico del vínculo laboral en desarrollo del cual surge una relación jerárquica que coloca al trabajador bajo la autoridad laboral del empleador y que se traduce en una serie de facultades y de deberes correlativos, pero dentro del marco del contrato de trabajo.

Señala la jurisprudencia que afirmada la relación laboral, le corresponde al empleador desvirtuar la subordinación, situación que para el caso sub examine no ocurrió, como posteriormente se indicará. (ver folios 16y 17)

Adicionado a lo anterior, el artículo 24 *ídem*, consagra una presunción legal a favor del trabajador, según la cual, demostrada la actividad personal, se presume la existencia del contrato de trabajo, presunción ésta que por ser legal puede ser desvirtuada. Quiere ello decir, que le corresponde al trabajador no solamente demostrar que laboró, sino probar el tiempo en que lo hizo, con indicación de las fechas tanto de iniciación como de culminación de labores, pues no puede tenerse como pruebas de ellas la sola afirmación del interesado.

La teoría del contrato realidad está sustentada en el principio de "primacía de la realidad" según el cual en caso de discordia entre lo que ocurre en la práctica y lo que surge de documentos o acuerdos, debe preferirse lo que sucede en el terreno de los hechos, que se constituye en uno de los fundamentos del derecho al trabajo.

De tal suerte que cuando se ha de determinar la naturaleza, características y demás circunstancias de una vinculación laboral, se debe estar a lo establecido en los informes que puedan extraerse de la realidad de la relación y no a los datos aparentes que puedan ofrecer documentos o contratos.

De acuerdo con este postulado, las formalidades ceden a los hechos y son éstos los que determinan la naturaleza jurídica de la situación producida. Demostrados los hechos la

²³ ROMERO MONTES, Javier "Los principios del derecho del trabajo en el derecho peruano, Libro homenaje a Américo Plá Rodríguez" Pág. 344.

forma no puede quitarles validez, pues es la realidad la llamada a imponerse. Como lo precisa el profesor Plá Rodríguez "...demostrados los hechos no pueden ser contrapesados o neutralizados por documentos o formalidades..."²⁴

Este principio es pues un criterio de interpretación para el juez, quien también debe propender en el proceso por la búsqueda de la "verdad real", principio éste que guarda relación con el derivado de la primacía de la realidad.

Lo anterior puede ser considerado como una consecuencia del carácter tuitivo y protector del derecho al trabajo y es por ello que tanto la Jurisprudencia²⁵ como la Doctrina han precisado en múltiples ocasiones que al momento de determinar si el vínculo que une a las partes en una relación es de carácter laboral, debe preferirse el análisis fáctico sobre el meramente documental, independientemente de la voluntariedad o buena fe con que hubieren sido elaborados los soportes de dicha relación²⁶.

"...La prescripción extintiva o liberatoria es la institución jurídica por medio de la cual se pone fin a un derecho y a la correspondiente obligación, como consecuencia del paso del tiempo y de la pasividad de su titular en exigirlo por los causes previstos en el ordenamiento. Para el caso Colombiano, la prescripción está prevista, entre otras normas en los artículos 1625, 2512 y 2535 del Código Civil, 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y de Seguridad Social..."

(...)

Magistrado: JORGE EDUARDO RAMÍREZ AMAYA
Providencia: Apelación Auto / 22 de Junio de 2012
Radicación: 2012-119
Proceso: EJECUTIVO INCIDENTE DE NULIDAD
Demandante: Libardo Buitrago Buitrago
Demandado: Esteban Buitrago Molina

DESCRIPTOR: INCIDENTE DE NULIDAD

RESTRUCTOR: INCIDENTE DE NULIDAD/ CAUSALES/

TESIS: ... incidente es lo que sobreviene durante el curso del proceso y conduce a la dilucidación de los aspectos que le conciernen, aunque no afecte la controversia principal. Así, se entiende como incidente el asunto dudoso o discutible que se propone en el proceso, por su relación íntima y accesoría, pero diferente al conflicto jurídico planteado en la demanda que le dio origen, y que puede modificar las características de sus elementos subjetivos y objetivos y la actividad procesal, y ocasionar su crisis o la terminación. El incidente surge durante el desarrollo del proceso con relación a él mismo, a los elementos que lo integran, a la actividad procesal, a las audiencias públicas y a la decisión anticipada o final, según su importancia inmediata o mediata. El incidente es un acontecimiento procesal que por la calidad e influencia puede variar, interrumpir, suspender o terminar el trámite del juicio del trabajo²⁷.

²⁴ PLÀ RODRIGUEZ, Américo. "Los principios del derecho del trabajo". Pág. 243.

²⁵ Ver. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sección Primera. 1 de diciembre de 1981. Radicado 7922. M.P. Fernando Uribe Restrepo. Publicada en la Gaceta Judicial de 1981. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, 2 de agosto de 2004. Radicado 22259. M.P. Luis Javier Osorio López. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, 30 de septiembre de 2003. Radicado 20.933. M.P. Carlos Isaac Náder. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, 29 de septiembre de 2005. Radicado 24978. M.P. Camilo Tarquino Gallego.

²⁶ Derecho Laboral Individual – Consejo Superior de la Judicatura - Sala Administrativa - Escuela Judicial "Rodrigo Lara Bonilla" Programa de Formación Judicial Especializada Para El Área Laboral y De la Seguridad Social. pág 34.

²⁷ OBANDO Garrido José María, Derecho Procesal Laboral, Ediciones Doctrina y Ley Ltda, Quinta Edición, p. 333.

El inciso primero del artículo 138 del C.P.C.²⁸, señala que “El juez rechazará de plano los incidentes que no estén expresamente autorizados por este código o por otra ley, los que se promuevan fuera de término y aquellos cuya solicitud no reúna los requisitos formales”; a su turno el artículo 37 del CPTSS y los artículos 100, 136, 137, 143 y 144 del C.P.C., aplicables por analogía al procedimiento del trabajo, señalan en que casos el Juez Laboral deberá rechazar de plano los incidentes, así: **(i)** Por improcedencia: se rechazará la proposición de incidentes que no estén expresamente indicados por el artículo 136 de este ordenamiento; **(ii)** por extemporaneidad: los incidentes que se promuevan fuera de la primera audiencia pública del proceso y de las oportunidades señaladas o autorizadas en la ley de procedimiento; **(iii)** por carencia de los requisitos formales: si el incidente propuesto no reúne las exigencias de una petición fundada en hechos, pruebas y normas jurídicas, el acto incidental es inocuo; **(iv)** por reincidencia del incidente: si el incidente formulado, a pesar de ser distinto al propuesto anteriormente, se basa en los mismos hechos o en otros que conduzcan al mismo resultado y **(v)** por no haberse utilizado la oportunidad para proponerlo: el incidente de nulidad que se plantee después de haberse actuado en el proceso sin alegarlo como excepción, por ejemplo, es rechazable, pues ha quedado convalidado o saneada la nulidad, si no se trata de falta de jurisdicción...”

(...)

Magistrada: FANNY ELIZABETH ROBLES MARTÍNEZ
Providencia: Apelación Sentencia / 08 de Septiembre de 2011
Radicación: 2005-664
Proceso: ORDINARIO
Demandante: Lidia Constanza Contreras Esquerra
Demandado: Industria Licorera de Boyacá

DESCRIPTOR: CONTRATO DE APRENDIZAJE/LIQUIDACIÓN DE LA EMPRESA/

RESTRICTOR: LIQUIDACIÓN DEFINITIVA DE LA EMPRESA/ PROCESO DE LIQUIDACIÓN/

TESIS: ...” El contrato de aprendizaje debe obedecer entonces a lo estipulado en el D.R. 2127 de 1945, y para el caso en concreto en el artículo 47, que establece las causas legales de terminación del contrato:

“ARTICULO 47. El contrato de trabajo termina:

- a. Por expiración del plazo pactado o presuntivo;**
- b. Por la realización de la obra contratada, aunque el plazo estipulado fuere mayor.**
 - c. Por la ejecución del trabajo accidental, ocasional o transitorio;**
- d. Por mutuo consentimiento;**
- e. Por muerte del asalariado;**
- f. Por liquidación definitiva de la empresa, o por clausura o suspensión total o parcial de sus actividades durante más de ciento veinte días, por razones técnicas o económicas, siempre que se haya dado el aviso de que trata el ordinal 3o. del artículo**

²⁸ Modificado por el artículo 1º numeral 74 del Decreto Especial 2282 de 1989.

44 o que se haya pagado un mes de salarios y sin perjuicio de los derechos emanados de contratos a término fijo.

g. Por decisión unilateral, en los casos previstos en los artículos 16, 48, 49 y 50.

h. Por sentencia de autoridad competente. “

El Acuerdo No 00007 del año 2000, artículo 8, párrafo 1 y 2 y la cláusula 10° del Contrato de aprendizaje contrarían la norma legal en específico el literal f. del art. 47, pues la disposición es muy clara al determinar el caso de “liquidación definitiva” y no de “que se inicie el proceso de liquidación”. En consecuencia, lo contemplado tanto en el Acuerdo 00007 del año 2000, artículo 8, párrafo 1 y 2 emitido por el Consejo Nacional del Sena, como en la cláusula 10° del contrato de aprendizaje suscrito entre las partes en litigio, no puede tenerse en cuenta.

En el caso en particular no hubo liquidación definitiva de la empresa, ni clausura, ni suspensión total o parcial de sus actividades por más de ciento veinte días, hechos que en todo caso, configurarían una causa legal para dar por terminado el contrato, pero no una justa causa...”

(...)

Magistrada: FANNY ELIZABETH ROBLES MARTÍNEZ
Providencia: Apelación Sentencia / 01 de Septiembre de 2011
Radicación: 2006-605
Proceso: CONSULTA SENTENCIA
Demandante: Martha Lucía Cuadros de Barrera
Demandado: Hospital San Rafael de Tunja

DESCRIPTOR: FUERO SINDICAL/ACCIÓN DE REINTEGRO

RESTRUCTOR: FUERO CIRCUNSTANCIAL/ TRABAJADOR OFICIAL/

TESIS: ...” vale la pena hacer algunas precisiones sobre la procedencia del fuero circunstancial, como garantía que la ley otorga a cierto grupo de trabajadores y que surge de la circunstancia específica y coyuntural que es la negociación colectiva, como bien lo definió la jurisprudencia de la H Corte Suprema de Justicia en estos términos²⁹:

“...Por sabido se tiene que el legislador creó unas excepciones a la mencionada regla general, dentro de las cuales no contempló las acciones de fuero circunstancial, entre ellas están: a) la acción de reintegro por fuero sindical – artículo 118 A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, adicionado por el artículo 49 de la Ley 712 de 2001, que es de 2 meses; y b) la concerniente con los eventos en que un trabajador que a 1° de enero de 1991 llevaba 10 o más años de servicios y sea despedido sin justa causa (artículo 8°, numeral 5° del Decreto 2351 de 1965, párrafo transitorio de artículo 6° de la Ley 50 de 1990), en cuyo caso la acción de reintegro prescribe en tres meses, según las palmarias voces del numeral 7° del artículo 3° de la Ley 48 de 1969.

De manera que, si el fuero bajo examen se presenta dentro de una situación particular y el legislador, conocedor de ello, no estableció un término especial para la prescripción de la acción de reintegro por fuero circunstancial, no queda otro sendero que echar mano a la regla general de tres años, sin que sea dable pregonar la

²⁹ Sent. Sala Laboral, de 2 de 2007. M. P. Dra. Isaura Vargas Díaz.

necesidad de acudir a los principios generales del derecho, analogía u otras figuras, puesto que no existe, en absoluto, vacío legal y pretenderlo así sería tanto como desconocer la pluricitada regla general.

Ahora bien, para la Corte tanto el fuero sindical como el circunstancial son expresiones palpables del desarrollo del derecho de asociación que buscan su efectividad y que en nuestro país se halla garantizado y protegido celosamente por la Constitución Política, entre otros, en los artículos 38, 39, 55 y 56, y en el Código Sustantivo del Trabajo en los artículos 353 a 451. Asimismo, encuentra su fuente en los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo, en especial, los 87, 98 y 151, aprobados mediante las leyes 26 y 27 de 1976 y 411 de 1997.

Pero a pesar de que dichas figuras jurídicas emanan del derecho de asociación, existen visibles diferencias que, sin pretender, desde luego, agotar el tema, se exponen a continuación:

1º) Fuente legal.

Fuero Circunstancial: Artículos 25 del Decreto 2351 de 1965 y 10º del Decreto 1373 de 1966.

Fuero Sindical: Artículo 405 Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 1º del decreto 204 de 1957.

2º) A quiénes cobija.

Fuero Circunstancial: a "los trabajadores que hubieren presentado al patrono un pliego de peticiones" que comprende a los "afiliados al sindicato o a los no sindicalizados". Luego, es patente que esta garantía foral también protege a los trabajadores no sindicalizados que presenten un pliego de peticiones tendientes a la firma de un pacto colectivo. Se impone recordar lo que la Corte en sentencia de 11 de mayo de 2006, radicado 26726, razonó en el sentido de que están excluidos de este fuero los trabajadores que desempeñen cargos de alta dirección o jerarquía dentro de la empresa, con capacidad de compromiso y de representación, dado que no pueden "pretender estar acogido por el pliego de peticiones que la organización sindical presentó, en tanto los intereses empresariales, de los cuales en su calidad de alto directivo lo comprometían, estaban en contraposición con los suyos propios, lo que resulta inadmisibile".

Fuero Sindical: a los fundadores de un sindicato; los trabajadores que, con anterioridad a la inscripción en el registro sindical, ingresen al sindicato; los miembros de la junta directiva y subdirectivas de todo sindicato, federación o confederación de sindicatos, sin pasar de cinco (5) principales y cinco (5) suplentes, y los miembros de los comités seccionales, sin pasar de un (1) principal y un (1) suplente; y a dos (2) de los miembros de la comisión estatutaria de reclamos, que designen los sindicatos, las federaciones o confederaciones sindicales.

Entonces, para poder gozar de fuero sindical, el trabajador debe estar afiliado a la organización sindical. Expuesto de otra manera, los trabajadores no sindicalizados no pueden ser protegidos a través de esta figura.

3º) Periodo en que opera la protección.

Fuero Circunstancial: desde el momento de la presentación del pliego de peticiones al empleador hasta que se haya solucionado el conflicto colectivo mediante la firma de la convención o del pacto, o quede ejecutoriado el laudo arbitral, si fuere pertinente o en aquellos casos en donde se verifique la terminación anormal del conflicto colectivo.

Fuero Sindical: a los fundadores de un sindicato, desde el día de su constitución hasta dos (2) meses después de la inscripción en el registro sindical, sin exceder de seis (6) meses; a los trabajadores que, con anterioridad a la inscripción en el registro sindical, ingresen al sindicato, para quienes el amparo rige por el mismo tiempo que para los fundadores; los miembros de la junta directiva y subdirectivas de todo sindicato, federación o confederación de sindicatos, se hará efectivo por el tiempo que dure el mandato y seis (6) meses más; y a dos (2) de los miembros de la comisión estatutaria de reclamos, por el mismo período de la junta directiva y por seis (6) meses más. En caso de cambio en los miembros de la Junta Directiva, el antiguo miembro

continúa gozando del fuero durante los tres (3) meses subsiguientes, a menos que la sustitución se produzca por renuncia voluntaria del cargo sindical antes de vencerse la mitad del periodo estatutario o por sanción disciplinaria impuesta por el sindicato, en cuyos casos el fuero cesa ipso facto para el sustituido; y en los casos de fusión de dos o más organizaciones sindicales, siguen gozando de fuero los anteriores directores que no queden incorporados en la Junta Directiva renovada con motivo de la fusión, hasta tres (3) meses después de que ésta se realice.

4º) Para qué los ampara.

Fuero Circunstancial: Para no ser despedidos sin justa causa, desde el momento de la presentación del pliego de peticiones al empleador hasta que se haya solucionado el conflicto colectivo mediante la firma de la convención o del pacto, o quede ejecutoriado el laudo arbitral, si fuere pertinente, o en aquellos casos en donde se verifique la terminación anormal del conflicto colectivo. En el evento en que el empleador considere que un trabajador incurrió en una de justa causa, no es imperativo que acuda previamente ante el juez del trabajo para solicitar el permiso para terminar el contrato de trabajo, la justeza o no se determina posteriormente al fenecimiento de la relación laboral.

Fuero Sindical: Para: (i) no ser despedidos; (ii) ni desmejorados en sus condiciones de trabajo; y (iii) ni trasladados a otros establecimientos de la misma empresa o a un municipio distinto, sin justa causa, previamente calificada por el juez del trabajo.

5º) Trámite procesal.

Fuero Circunstancial: Por no consagrar la ley un trámite especial, el asunto se surte a través de un proceso ordinario de primera instancia.

Fuero Sindical: De conformidad con el capítulo XVI del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, se debe tramitar por medio de un procedimiento especial.

6º) Contestación de la demanda.

Fuero Circunstancial: El término para contestar el escrito inaugural del proceso es dentro de los 10 días siguientes a la notificación del auto admisorio de la demanda, vale decir, por fuera de audiencia pública.

Fuero Sindical. Se contesta dentro de audiencia pública.

7º) Notificación de la sentencia de segunda instancia.

Fuero Circunstancial: se profiere en audiencia pública de juzgamiento, por lo tanto se notifica en estrado, estén o no presentes las partes.

Fuero Sindical: se falla de plano, dado que no hay audiencia pública y por ello se notifica por edicto.

8º) Procedencia del Recurso Extraordinario de Casación.

Fuero Circunstancial: Contra la decisión de primera y segunda instancia procede el recurso de casación, en el primer evento per saltum, de cumplirse los requisitos establecidos en la ley.

Fuero Sindical: no es viable el recurso de casación.

9º) Prescripción:

Fuero Circunstancial: 3 años contados a partir de la fecha del despido.

Fuero Sindical: Las acciones que emanan del fuero sindical prescriben en dos (2) meses. Para el trabajador este término se contará desde la fecha de despido, traslado o desmejora..."

Hecha la anterior precisión, es bueno tener presente que, de acuerdo con el artículo 25 del Decreto 2351 de 1965:

“Los trabajadores que hubieren presentado al patrono un pliego de peticiones no podrán ser despedidos sin justa causa comprobada, **desde la fecha de la presentación del pliego y durante los términos legales de las etapas establecidas para el arreglo del conflicto**”

De donde resulta palmario que el fuero circunstancial es temporal, limitado en el tiempo al mismo que dure la negociación colectiva, específicamente al transcurrido entre la presentación del pliego y la terminación del conflicto. Resaltase entonces la necesidad de que éste exista...”

(...)

Magistrada: FANNY ELIZABETH ROBLES MARTÍNEZ
Providencia: Consulta Sentencia / 11 de Agosto de 2011
Radicación: 2010-304
Proceso: ACOSO LABORAL
Demandante: Luz Dary Figueroa Vargas
Demandado: Caja de Compensación Familiar de Boyacá y Otros

DESCRIPTOR: ACOSO LABORAL/

RESTRICTOR: ACTIVIDAD PROBATORIA/ TESTIMONIAL-DOCUMENTAL

TESIS: ...“Sea lo primero advertir que el objetivo de la ley 1010/06 es el de prevenir, corregir y sancionar el acoso laboral y que dicha norma, en su art. 1º señala como bienes jurídicos a proteger “el trabajo en condiciones dignas y justas, la libertad, la intimidad, la honra y la salud mental de los trabajadores, empleados, la armonía entre quienes comparten un mismo ambiente laboral y el buen ambiente en la empresa” a la vez que en su art. 2º señala diferentes modalidades de acoso laboral y en el art. 7º se establece una **presunción de la existencia del acoso laboral frente a la “ocurrencia repetida y pública” de cualquiera de las conductas allí señaladas**³⁰.

³⁰ ARTÍCULO 7o. CONDUCTAS QUE CONSTITUYEN ACOSO LABORAL. Se presumirá que hay acoso laboral si se acredita la ocurrencia repetida y pública de cualquiera de las siguientes conductas:

- a) Los actos de agresión física, independientemente de sus consecuencias;
- b) Las expresiones injuriosas o ultrajantes sobre la persona, con utilización de palabras soeces o con alusión a la raza, el género, el origen familiar o nacional, la preferencia política o el estatus social;
- c) Los comentarios hostiles y humillantes de descalificación profesional expresados en presencia de los compañeros de trabajo;
- d) Las injustificadas amenazas de despido expresadas en presencia de los compañeros de trabajo;
- e) Las múltiples denuncias disciplinarias de cualquiera de los sujetos activos del acoso, cuya temeridad quede demostrada por el resultado de los respectivos procesos disciplinarios;
- f) La descalificación humillante y en presencia de los compañeros de trabajo de las propuestas u opiniones de trabajo;
- g) las burlas sobre la apariencia física o la forma de vestir, formuladas en público;
- h) La alusión pública a hechos pertenecientes a la intimidad de la persona;
- i) La imposición de deberes ostensiblemente extraños a las obligaciones laborales, las exigencias abiertamente desproporcionadas sobre el cumplimiento de la labor encomendada y el brusco cambio del lugar de trabajo o de la labor contratada sin ningún fundamento objetivo referente a la necesidad técnica de la empresa;
- j) La exigencia de laborar en horarios excesivos respecto a la jornada laboral contratada o legalmente establecida, los cambios sorpresivos del turno laboral y la exigencia permanente de laborar en dominicales y días festivos sin ningún fundamento objetivo en las necesidades de la empresa, o en forma discriminatoria respecto a los demás trabajadores o empleados;
- k) El trato notoriamente discriminatorio respecto a los demás empleados en cuanto al otorgamiento de derechos y prerrogativas laborales y la imposición de deberes laborales;
- l) La negativa a suministrar materiales e información absolutamente indispensables para el cumplimiento de la labor;

Ello significa que frente a las conductas previstas en dicho numeral, la prueba de cualquiera de ellas dará lugar a aplicación de las medidas previstas en la ley, a menos que se desvirtúe la presunción y se acredite que pese a su existencia no se configura el acoso; en tanto que, si se alega la existencia de acoso por una causal diferente a las señaladas, el demandante deberá acreditar no solo su ocurrencia sino que ella constituye una conducta tendiente a menoscabar alguno de los bienes jurídicos protegidos por la ley. Sobre este tema se pronunció la C. Constitucional en sentencia C-780/07³¹ al estudiar la constitucionalidad del mencionado artículo:

Cabe preguntarse, no obstante, si la presunción así establecida resulta razonable, es decir, que si de conformidad con las reglas de la experiencia es altamente probable que, de ocurrir el hecho base o antecedente, se presente el hecho presumido. O para expresarlo en los términos concretos del asunto que nos ocupa: si es razonable deducir, a partir de la experiencia, que ante la ocurrencia reiterada y pública de cualquiera de las conductas consagradas en el artículo 7° de la Ley, se estará en presencia de acoso laboral.

Para determinar la razonabilidad de la medida, basta con analizar algunas de las conductas expresamente consagradas en el artículo bajo estudio como constitutivas de este tipo de acoso, a fin de verificar si es factible colegir que, ante su ocurrencia repetida y pública, se configura el acoso.

Así, sólo por citar algunos ejemplos, la disposición establece que se presumirá la existencia de acoso laboral, cuando el quejoso demuestre haber sido sometido a injustificadas amenazas de despido expresadas en presencia de los compañeros de trabajo; haber sido objeto de burlas sobre la apariencia física o la forma de vestir frente a terceros; haber sido atacado mediante expresiones injuriosas o ultrajantes sobre la persona, con utilización de palabras soeces o con alusión a la raza, el género, el origen familiar o nacional, la preferencia política o el estatus social; haber recibido anónimos, llamadas telefónicas y mensajes electrónicos con contenido injurioso, ofensivo o intimidatorio.

Aparece claro pues, de acuerdo a apreciaciones empíricas, que ser sometido de manera constante y pública a este tipo de actos de hostigamiento se enmarca, sin dudar, en lo que la propia ley ha definido como acoso laboral, entendido como “toda conducta persistente y demostrable, ejercida sobre un empleado, trabajador por parte de un empleador, un jefe o superior jerárquico inmediato o mediato, un compañero de trabajo o un subalterno, encaminada a infundir miedo, intimidación, terror y angustia, a causar perjuicio laboral, generar desmotivación en el trabajo, o inducir la renuncia del mismo”.

31.- Ahora bien, la cuestión que aún le falta a esta Sala resolver es si la presunción que se estudia cuenta con una justificación válida dentro de un marco de respeto de los principios constitucionales.

La Corte encuentra que esta presunción pretende, fundamentalmente, garantizar los derechos de quien los ve lesionados al ser sujeto pasivo de acoso laboral bajo ciertas circunstancias particularmente trasgresoras de la dignidad humana, la vida e integridad física y demás derechos fundamentales, pues dicho potencial se eleva cuando las actuaciones se llevan a cabo de manera permanente y pública, teniendo en cuenta que cuando son realizadas bajo estas circunstancias, normalmente a ellas subyace el propósito de humillar y ridiculizar a la víctima.

Se trata pues de otorgar una garantía de protección de los derechos fundamentales al presunto ofendido con la conducta reiterada y pública, que se basa en el criterio,

m) La negativa claramente injustificada a otorgar permisos, licencias por enfermedad, licencias ordinarias y vacaciones, cuando se dan las condiciones legales, reglamentarias o convencionales para pedirlos;

n) El envío de anónimos, llamadas telefónicas y mensajes virtuales con contenido injurioso, ofensivo o intimidatorio o el sometimiento a una situación de aislamiento social.

En los demás casos no enumerados en este artículo, la autoridad competente valorará, según las circunstancias del caso y la gravedad de las conductas denunciadas, la ocurrencia del acoso laboral descrito en el artículo 20. ...”

³¹ Expediente D-6739, M.P. Dr. HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO, 26 de septiembre de 2007

según el cual, estas conductas así desplegadas, comportan una capacidad elevada de atentar de manera grave contra derechos esenciales del ser humano. En efecto, obsérvese cómo las conductas descritas en el artículo 7° de la Ley pueden llegar a afectar considerablemente la integridad psicológica y aún física de la víctima.

...

De otra parte, la mayor dificultad probatoria que objetan las ciudadanas demandantes en este caso, para quienes buscan acreditar un hecho ocurrido en privado, deriva de factores fácticos que escapan al análisis de constitucionalidad que se propone. Dicha dificultad, sin embargo, no implica en este caso la imposibilidad jurídica de probar, pues el ordenamiento contempla un conjunto de medios que pueden ser empleados en la demostración de hechos que se consideran lesivos de bienes jurídicamente protegidos.

32.- Adicional a lo anterior, es de suma importancia destacar que la presunción de acoso laboral objeto de análisis, no implica desde ningún punto de vista el desconocimiento del derecho al debido proceso del acusado. En efecto, quien es denunciado por haber desplegado presuntamente alguna de las conductas que configuran acoso laboral aún cuando lo haya hecho de manera reiterada y pública, tiene la posibilidad, dentro del proceso, ya sea judicial o disciplinario, de controvertir las pruebas en aras de demostrar que los hechos que dieron lugar a tal proceso no ocurrieron o que, en caso de haber tenido lugar, no configuran la conducta de acoso laboral.

De esta manera, **la presunción establecida en la disposición objeto de examen no contraría el principio de presunción de inocencia ni el derecho al debido proceso³², pues se trata de una redistribución de las cargas procesales que no hace nugatorio el derecho de defensa** de quien debe desvirtuar el hecho o la consecuencia deducida. Se trata, como se dijo en el acápite anterior, de una institución jurídica que permite al legislador **invertir o desplazar el objeto de la prueba**, con el propósito de corregir la desigualdad material que existe entre las partes respecto del acceso a la prueba en favor de quien se encuentra en situación de indefensión o de debilidad manifiesta, en este caso concreto, como manifestación directa del principio *in dubio pro operario* y proteger así bienes jurídicos particularmente valiosos. Al respecto, la Corte ha dicho:

“En términos generales las presunciones no son un juicio anticipado con el cual se desconoce la presunción de inocencia, toda vez que se trata de un típico procedimiento de técnica jurídica adoptado por el legislador, en ejercicio de su facultad de configuración de las instituciones procesales, con el fin de convertir en derecho lo que simplemente es una suposición fundada en hechos o circunstancias que generalmente ocurren, ante el riesgo de que la dificultad de la prueba pueda significar la pérdida de ese derecho afectando bienes jurídicos de importancia para la sociedad”³³.

³² Esta Corporación ha sostenido en varias ocasiones que las presunciones no comprometen per se el derecho al debido proceso ni el principio de presunción de inocencia. Así lo afirmó en sentencia C-388 de 2000 en la cual examinó la constitucionalidad del artículo 155 del anterior Código del Menor (Decreto 2737 de 1989) por la presunta vulneración del artículo 29 constitucional. La disposición acusada establecía que se presumía que el alimentante devengaba al menos el salario mínimo legal. La Corte declaró la exequibilidad de la presunción contenida en dicha disposición al considerar que la misma podía ser desvirtuada por el deudor, pues no se trataba de “una ficción incontrovertible, sino una carga procesal que se impone al alimentante dada la importancia de los derechos de su contraparte en el proceso de alimentos –el menor-, y la desigualdad material que existe entre las partes respecto del acceso a la prueba. En este sentido, el sujeto afectado puede utilizar los recursos que estén a su alcance para demostrar que no devenga el salario mínimo legal”. En otra ocasión, en sentencia C-374 de 2002, la Corte se pronunció en igual sentido, al analizar algunas disposiciones de la Ley 678 de 2001 que establecían una presunción de dolo y de culpa grave de los agentes del Estado en determinados casos. Estimó que al ser siempre susceptible de ser desvirtuado el hecho deducido, el derecho de defensa de la persona contra quien opera la presunción se encuentra garantizado. Por ello concluyó: “resulta claro que el establecimiento de las presunciones legales de dolo y de culpa grave en los artículos 5° y 6° de la Ley 678 de 2001 no implican la atribución de culpabilidad alguna en cabeza del demandado en acción de repetición que, de contera, acarree desconocimiento del principio superior de la igualdad, puesto que constituyen un mecanismo procesal que ha sido diseñado por el legislador, en ejercicio de su competencia constitucional para configurar las instituciones procesales y definir el régimen de responsabilidad de los servidores públicos (arts. 124 y 150 Superiores), con el fin de realizar el mandato del inciso segundo del artículo 90 de la Carta Política que le ordena al Estado repetir contra sus agentes cuando éstos en razón de su conducta dolosa o gravemente culposa han dado lugar a una condena de reparación patrimonial en su contra”.

³³ Sentencia C-374 de 2002.

Así pues, la autoridad competente para adelantar el procedimiento, ya sea judicial o disciplinario, tiene el deber de respetar en todo momento las garantías propias del debido proceso a quien es puesto en desventaja procesal por la presunción aquí analizada, permitiendo ejercer su derecho de defensa en la práctica de las pruebas”.

La Sala ha resaltado lo pertinente para dejar claro que, en cualquiera de los dos casos (cuando opera la presunción y cuando no), tiene plena aplicación la teoría de la carga de la prueba establecida en el art. 177 del CPC y según la cual, "Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen..." y respecto del cual ha dicho la Corte Constitucional en Sentencia C-070, de Febrero 25 de 1993. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz:

“ . . . Las reglas del "onus probandi" o carga de la prueba

4.. Luego de una prolongada evolución, las reglas de la carga de la prueba en materia civil han decantado hasta el punto que es posible resumir su doctrina en tres principios jurídicos fundamentales: **"onus probandi incumbit actori", al demandante le corresponde probar los hechos en que funda su acción;** "reus, in excipiendo, fit actor", el demandado, cuando excepciona, funge de actor y debe probar los hechos en que funda su defensa; y, "actore non probante, reus absolvitur", según el cual el demandado debe ser absuelto de los cargos si el demandante no logra probar los hechos fundamento de su acción...”

(...)

Magistrado: HECTOR BASTIDAS BARAJAS

Providencia: Consulta Sentencia / 11 de Octubre de 2011

Radicación: 2010-271

Proceso: ORDINARIO LABORAL

Demandante: Benjamín Verdugo Angarita

Demandado: SOCIEDAD PROMOTORA DE NEGOCIOS PRONEC

DESCRIPTOR: CONTRATO VERBAL DE TRABAJO/ ELEMENTOS ESENCIALES/

RESTRICTOR: DERECHOS PRESTACIONALES/ DERECHOS SALARIALES/ DERECHOS INDEMNIZATORIOS/

TESIS: ...” Conforme a lo dispuesto en el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, los elementos esenciales del contrato de trabajo son: **a.** La actividad personal del trabajador, es decir, realizada por sí mismo; **b.** La continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador, que lo faculta para exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento en cuanto al modo, tiempo y cantidad de trabajo e imponerle reglamentos; la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato y, **c.** Un salario como retribución del servicio.

No obstante lo anterior, el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo consagra una presunción según la cual, con la demostración del servicio personal se presume que dicha relación está regida por un contrato de trabajo; presunción que por ser legal admite prueba en contrario. Le corresponde entonces, al demandado para desvirtuarla, demostrar que los servicios prestados por la demandante no fueron subordinados sino que obedecieron a una relación de naturaleza diferente a la laboral.

De acuerdo con los parámetros legales, de los elementos esenciales del contrato de trabajo, le corresponde al trabajador demostrar la prestación personal del servicio; para que así opere a su favor la presunción consagrada en el Código Sustantivo del Trabajo...”

...” Conforme con el artículo 61 del procedimiento laboral el Juez formará libremente su convencimiento; para el caso, en vista que lo afirmado por cada una de las testigos coincide, que éstas tenían conocimiento directo de las circunstancias de tiempo modo y

lugar en las que se desarrolló la relación laboral pues eran vecinas del sector, que ninguna de ellas tiene interés en las resultas del proceso y dada la inactividad de la parte demandada, que se constituyó en indicio grave en su contra, y en razón a que se acreditó la prestación personal del servicio y sin que se desvirtuara la presunción consagrada en el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo, es posible concluir que entre las partes del proceso existió un contrato verbal de trabajo, en virtud del cual el trabajador demandante prestaba sus servicios de celador en las obras de construcción de la sociedad demandada, es por ello que se revocará la sentencia de primer grado...”

(...)

Magistrado: HECTOR BASTIDAS BARAJAS
Providencia: Apelación Sentencia / 05 de Julio de 2012
Radicación: 20008-477
Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: Domingo Hernández
Demandado: DEPARTAMENTO DE BOYACÁ

**DESCRIPTOR: CONCILIACION/ PRESUPUESTOS DE LA
 CONCILIACIÓN/MECANISMO DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS**

RESTRICTOR: Convención Colectiva de Trabajo/

TESIS...” es necesario indicar que la conciliación, emerge como un mecanismo de solución de conflictos, a través de la cual las partes buscan lograr un acuerdo voluntario, concepto que la Corte Constitucional también ha indicado así:

“La conciliación como mecanismo de resolución extrajudicial de resolución de conflictos se ha definido como “un procedimiento por el cual un número determinado de individuos, trabados entre sí por causa de una controversia jurídica, se reúnen para componerla con la intervención de un tercero neutral - conciliador- quién, además de proponer fórmulas de acuerdo, da fe de la decisión de arreglo y imparte su aprobación. El convenio al que se llega como resultado del acuerdo es obligatorio y definitivo para las partes que concilian.”³⁴

La autonomía de la voluntad es un elemento fundamental en la consecución del fin que persigue la conciliación, en concordancia con ello en jurisprudencia reciente se ha señalado que:

“La nota característica de este mecanismo de resolución de conflictos **es la voluntariedad** de las partes para llegar a la solución de su controversia, pues son ellas, ayudadas por el conciliador que no tiene una facultad decisoria, quienes presentan las fórmulas de acuerdo con las que se espera poner fin a sus divergencias. Es, entonces, un mecanismo de autocomposición porque son las partes en conflicto y no un tercero, llámese juez o árbitro, quienes acuerdan o componen sus diferencias. Sobre la autocomposición y la conciliación como una forma de mediación.”³⁵

Ahora bien, la declaratoria de la nulidad de la conciliación, obedece a dos causas, la primera de ellas se relaciona con la afectación de la autonomía de la voluntad de las partes, producto de los vicios del consentimiento, siendo estos los correspondientes, al error, la fuerza y el dolo, mecanismos que de ser constatados, son procedentes para dotar de invalidez al acto conciliatorio.

En atención a esta primera causal, en el caso bajo estudio, previamente al acuerdo conciliatorio objeto de revisión, es claro que el ex trabajador, el 06 de mayo de 2003³⁶,

³⁴C.C. Sentencia C-893 de 2001. M.P. Clara Inés Vargas

³⁵C.C. Providencia 10/08/11 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

³⁶Fl. 18

en ejercicio de la autonomía de su voluntad, presentó oficio ante la gobernación departamental, a fin de acogerse a su propuesta de retiro voluntario, en respuesta del cual el 27 de mayo del mismo hogaño, la entidad accionada aceptó dicha solicitud, informándole que en consecuencia de ello se procedería en los términos previstos, en la respectiva diligencia de conciliación que se adelantaría ante el Ministerio de Protección Social.

De lo anterior, es de recibo para esta instancia que el retiro voluntario, por parte del ex trabajador supone su libre consentimiento para hacer dejación del empleo que desempeñaba, por cuanto decide materializar dicha propuesta, expresando de manera unilateral su deseo y aceptación de los beneficios económicos reconocidos en dicho plan indemnizatorio.

Aunado a lo anterior, no puede perderse de vista, que el demandante bien pudo rechazar la propuesta de iniciativa de la hoy demandada, pero que pese a contar con dicha opción, decidió de forma libre y voluntaria, aceptar el plan de retiro, situación que no surge, como consecuencia de presión o constreñimiento alguno, de manera que no existe duda de que la cesación de labores ocurrió por un acto suyo plenamente consciente.

Además, es claro que la entidad territorial demandada no efectuó acto alguno contrario a la ley, al ofrecer a sus trabajadores la posibilidad, de acogerse a un plan de retiro laboral, a cambio de una indemnización, dejando en manos de cada uno de los subordinados, la posibilidad de aceptación o rechazo a dicha propuesta, razón sustentada por la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral, en sentencia del 4 de abril de 2006 radicación 26071, al expresar que:

“(…) No sobra recordar lo que de antaño y de manera pacífica ha enseñado la Corte en el sentido de que no existe prohibición alguna que impida a los empleadores promover planes de retiro compensados, ni ofrecer a sus trabajadores sumas de dinero a título bonificación, por ejemplo por reestructuración, sin que ello, por sí solo, constituya un mecanismo de coacción, pues tales propuestas son legítimas en la medida en que el trabajador está en libertad de aceptarlas o rechazarlas, e incluso formularle al patrono ofertas distintas, que de igual manera pueden ser aprobadas o desestimadas por éste, por lo que no es dable calificar ni unas ni otras de presiones indebidas por parte de quien las expresa, pues debe entenderse que dichas ofertas son un medio idóneo, legal y muchas veces conveniente de rescindir los contratos de trabajo y zanjar las diferencias que puedan presentarse en el desarrollo de las relaciones de trabajo”.

Ahora bien, la solicitud efectuada por el accionante a fin de acogerse a dicho plan de retiro compensado, se perfeccionó en la etapa de conciliación, celebrada ante una autoridad que goza de competencia legal para desarrollar este tipo de procesos, el Ministerio de Protección Social, a través de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social de Tunja, entidad garante frente a la posible afectación de derechos mínimos e indiscutibles en cabeza de los trabajadores.

Atendiendo a lo anterior, del trámite procesal, no es posible determinar que concurrió alguno de los vicios del consentimiento, en la celebración del acuerdo conciliatorio, adicional a ello la parte demandante, en ningún momento de la actuación procesal, procuró la invalidez de la conciliación efectuada, con base en la demostración de la presencia de alguno de los mecanismos referenciados, siendo estos los únicos capaces de desencadenar la nulidad de la integridad del acuerdo conciliatorio, ya que por el contrario no se objeta absolutamente nada, en relación con el proceder de la peticionaria ante la propuesta del plan de retiro, lo que hace suponer que al no alegar nada al respecto, es porque consideraba que dicho acuerdo fue libre y voluntario, razones por las cuales no es posible decretar la invalidez de la conciliación celebrada por las partes con ocasión a la causal estudiada.

Adicionalmente, la Sala precisa en este punto que, la entidad demandada propuso el plan de retiro voluntario directamente a la organización sindical, razón por la cual el demandante siempre estuvo orientado por el sindicato, lo cual descarta cualquier tipo

de inducción al error.

Es pertinente señalar, que la decisión de poner fin a la relación laboral por “mutuo consentimiento”, puede provenir bien sea del empleador o del trabajador, en el caso examinado aun cuando la propuesta fue efectuada por la entidad empleadora, el trabajador decidió acogerse a ella de forma voluntaria. En concordancia con lo anterior, la Honorable Corte Suprema de Justicia, en providencia del 22 de octubre de 2008. M.P. LUIS JAVIER OSORIO LOPEZ, recogió el estudio efectuado en la sentencia de casación del 3 de mayo de 2005 radicación 23381, reiterada en decisiones del 14 de julio del mismo año y 1° de junio de 2006 con radicados 25499 y 26830, puntualizando que:

“(.....) Recientemente se pronunció la Sala sobre la validez de los acuerdos conciliatorios y más concretamente, con respecto a los celebrados por el BCH, en las mismas circunstancias que alega ahora el recurrente, en donde se dijo lo siguiente:

*Así mismo, se tiene que en los ordenamientos legales que rigen en el país, para los trabajadores particulares y oficiales, se establece como modos de terminación de los contratos de trabajo el mutuo consentimiento, sin que en los mismos se consagre restricción alguna a esta facultad de las partes (artículo 61 del C. S. del T. y 47 del Decreto 2147 de 1945). **Es evidente entonces que la decisión de poner fin a la relación laboral de mutuo consenso puede provenir bien sea del empleador o del trabajador, no importando la causa que la motive puesto que la única exigencia de esa potestad de las partes es la relativa a que su consentimiento no esté viciado por el error, fuerza o dolo.**”*

“Es un axioma que la propuesta que hace una de las partes a la otra de poner fin al contrato de trabajo obedece normalmente a una manera pacífica y normal de terminarlo por mutuo acuerdo, siendo de usual ocurrencia que medie un ofrecimiento económico del empleador cuando la iniciativa es suya, como tuvo lugar este caso.

***No demuestra, por tanto, la acusación que el sentenciador de segundo grado se haya equivocado al concluir que la conciliación que suscribieron las demandantes para finalizar su relación laboral con el banco no fuera libre y voluntaria, de manera que en estas condiciones no se da el supuesto de la disposición extralegal que contempla la pensión reclamada por las demandantes, para que se consolidara en cabeza de ellas tal derecho, esto es, el de haber sido retiradas por causas independientes a su voluntad, no obstante que observaron buena conducta. En estas condiciones no aparecen erradas las apreciaciones de la decisión recurrida en cuanto a que las accionantes solamente tuvieron una mera expectativa”.** (Resaltad fuera del texto).*

Por otra parte, la declaratoria de nulidad de la conciliación, también procede cuando se constate que con el contenido del acuerdo, se vulneraron o afectaron derechos ciertos e indiscutibles.

Tal como lo ha señalado la Jurisprudencia,³⁷ los derechos son mínimos en el sentido de que constituyen presupuesto necesario y obligatorio de las normas que el Congreso apruebe al expedir el estatuto del trabajo y, por tanto hacen parte del ordenamiento jurídico en su base misma -la Constitución-, de tal manera que, aún no estando incluidos, los artículos 25 y 53 dentro de la enumeración de los derechos de aplicación inmediata (artículo 85 C.P.), por ser principios mínimos de naturaleza constitucional, no necesitan esperar la expedición de una ley para que sea exigible su observancia. Por consiguiente, no es factible argüir la ausencia de un estatuto legal que desarrolle tales principios para desconocerlos, ya que imperan por directo ministerio de la Constitución Política.

³⁷ C.C. Providencia, 10/05/99 Dr. JOSE GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO

Los derechos mínimos en materia laboral, provienen directamente de la legislación, gozan del principio de irrenunciabilidad, en protección del derecho fundamental al trabajo, del cual derivan ciertas garantías mínimas a favor de la parte vulnerable de la relación laboral, razón por la cual no son objeto de conciliación o transacción alguna.

En contraposición a los derechos anotados, existen otras prerrogativas, de carácter incierto y discutible, sobre las cuales, no procede la protección constitucional, razón por la cual es válida su transacción, conciliación, indemnización y hasta su renuncia, tal como se desprende de los artículos 53 de la Constitución Nacional y 15 del Código Sustantivo del Trabajo

Al tenor de ello, los beneficios contemplados en una convención colectiva, surgen con el fin de modificar las garantías mínimas señaladas por la legislación a favor de los trabajadores, sin que por ello las cláusulas convencionales tengan la esencia de una verdadera ley, sino que sencillamente generan situaciones de naturaleza extralegal, las cuales solo emergen para los trabajadores de la entidad que suscribe la convención con aplicabilidad durante la vigencia de los contratos de trabajo. Al respecto, en providencia de la Corte Constitucional, se indicó, que:

*“[E]n conclusión, aun cuando materialmente la convención es por sus efectos un acto regla, creador del derecho objetivo, a semejanza de la ley, según lo admite la doctrina, **no puede considerarse como producto de la función legislativa del Estado, desde los puntos de vista orgánico, funcional y formal, en que constitucionalmente aparecen estructurados y se manifiestan las funciones estatales.**”³⁸ (Resaltado fuera del texto).*

Puestas así las cosas, es evidente que las regulaciones contempladas en una convención colectiva, son específicamente de naturaleza extralegal, ya que solamente regulan ciertas situaciones laborales, durante la vigencia de los contratos de trabajo de los trabajadores, de la respectiva empresa o entidad empleadora, con la cual se adelantó la negociación colectiva, beneficios que tendrán aplicabilidad en la medida en que no desconozcan los derechos indiscutibles contenidos en la legislación y en las normas constitucionales...”

(...)

CONSEJO EDITORIAL

DR. JORGE EDUARDO RAMÍREZ AMAYA
PRESIDENTE

DR. LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA
VICEPRESIDENTE

³⁸ CC, sentencia de 20/01/1994 M.P. ANTONIO BARRERA CARBONELL.

DR. MARCO AURELIO CELY
SECRETARIO GENERAL

SANDRA LILIANA MENDOZA JIMÉNEZ
RELATORA

RELATORIA TRIBUNAL SUPERIOR DE TUNJA
Palacio de Justicia, carrera 9 No. 20-62, oficina 101
Teléfono (7) 7444170

Correo Electrónico: reltribsuptun@gmail.com