



BOLETÍN DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE TUNJA

N. 04 Julio de 2013.
Relatoria



SALA PENAL MIXTA PARA ADOLESCENTES

Magistrada: LUZ ANGELA MONCADA SUÁREZ
Providencia: Apelación Sentencia / 12 de Marzo de 2013
Radicación: 150016001264201200172 (2012-0008)
Proceso: HURTO CALIFICADO Y AGRAVADO
Denunciante: Derly Nataly Arenas Nieto
Denunciado: D.A.C.U., J.F.G.A. Y J.S.G.R.

DESCRIPTOR: HURTO CALIFICADO Y AGRAVADO / ALLANAMIENTO A CARGOS / COAUTORÍA

RESTRICTOR: MEDIDA DE INTERNAMIENTO PREVENTIVO / MEDIDA ESPECIAL PEDAGÓGICA /

TESIS: ...” la sanción para adolescentes por su responsabilidad penal, está encaminada a la protección de los jóvenes y al mantenimiento del orden pacífico de la sociedad como se concibe la justicia de menores en las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing, principios generales 1.4.), buscando la rehabilitación y educación del menor en ambiente comunitario, y en la medida que sea posible en el seno de la unidad familiar, existiendo una gran diversidad de decisiones por parte de la autoridad que sanciona o aplica la sanción dentro de la flexibilidad de la misma, para evitar el confinamiento en establecimientos penitenciarios, debiéndose reducir al mínimo posible la restricción a la libertad personal, dejando tal medida para los casos que revistan mayor gravedad en la que concurra la violencia contra otra persona, **o por la reincidencia en la comisión de delitos graves y sin la obtención de una respuesta adecuada.** Por eso se permite que la autoridad competente pueda modificar las órdenes periódicamente, según el desarrollo del proceso del adolescente en el cumplimiento de la misma, con la asistencia de personal especializado en el tratamiento de adolescentes.¹

Por el contrario, la pena para adultos tiene las características de la afflictividad, la retribución o expiación, de castigo, si se quiere significar dentro del poder punitivo del Estado para el adulto hay la venganza social, y una vez definida la pena en la sentencia esta es inmodificable, salvo las excepciones por aplicación de normas posteriores por el principio de favorabilidad...”

(...)

...”Como se ha sostenido líneas supra, las medidas y sanciones para adolescentes como consecuencia de la comprobada responsabilidad penal deben ajustarse a las finalidades previstas en la norma: protectora, educativa y restaurativa, definiéndose con los criterios también allí señalados: de la naturaleza y gravedad de los hechos, proporcionalidad e idoneidad de la sanción que no solamente debe ser en relación a las circunstancias y gravedad del hecho, sino también a las circunstancias y necesidades del adolescente y de la sociedad, la edad del adolescente, la aceptación de cargos, el

¹ Todos estos principios orientadores de las sanciones en la responsabilidad penal para adolescentes, están regulados entre otras, en los artículos 157, 160, 161, 162, 177 y s.s. del C.I.A. y reglas de Beijing, 14.2, 17, 18, 19, 20, especialmente.

incumplimiento de compromisos adquiridos con el juez, y el incumplimiento de sanciones (arts. 178 y 179 del C.I.A).

El incumplimiento de las sanciones como criterio para fijar la misma, tiene solución en inciso 2 del párrafo 2 del artículo 179 ibídem, en el que se dice que ante el incumplimiento del adolescente de no volver a infringir la ley penal, ocasionará la imposición de la sanción privativa de la libertad por parte del Juez.

A su turno, el artículo 159 ibídem señala que los registros de sentencias proferidas en procesos por responsabilidad penal para adolescentes, se podrán usar para definir las medidas aplicables, es decir, su naturaleza, proporcionalidad e idoneidad de la medida. Lo anterior significa que los registros de procesos anteriores no pueden ser usados como antecedentes, esto es no pueden ser utilizados como circunstancias de menor o mayor punibilidad o con el objeto de tener en cuenta circunstancias de hábito, reiteración o reincidencia para efectos de de la dosificación o cuantificación de la pena, ó para otorgar ciertos beneficios penales; en el sistema penal para adolescentes tal información es tan solo un criterio orientador para determinar la naturaleza de la medida, no el quantum punitivo de la sanción, entre otras cosas, porque en el proceso penal para adolescentes no aplica el sistema de cuartos.

Por tanto, como lo indicara el Juez de Primera instancia no es que se haya tenido en cuenta las sanciones impuestas con anterioridad a los hechos objeto de estudio como antecedentes, que empeoren la situación del joven o aumenten el término de la privación de la libertad, sino que ante el incumplimiento de las sanciones anteriores y del compromiso de no volver a delinquir, la medida a imponer será la privación de la libertad tal y como lo dispone el inciso 2 del párrafo 2 del artículo 179 del C.I.A.

En éste orden de ideas, la imposición de la sanción debe observar y corresponderse con las necesidades pedagógicas y restaurativas del adolescente dentro de la finalidad de la sanción, para lo cual es de gran importancia el conocimiento que se tenga sobre la vivencia del adolescente, la proclividad al delito y las razones que la han llevado a delinquir, lo que debe analizarse conforme a la información psicosocial...”

(...).

SALA CIVIL – FAMILIA

Magistrado: HORACIO TOLOSA AUNTA

Providencia: Apelación Sentencia / 13 de Marzo de 2013

Radicación: 2011-0282

Proceso: EXISTENCIA DE SOCIEDAD COMERCIAL DE HECHO

Demandante: LUIS FERNANDO GOMEZ COY

Demandado: RAFAEL FORERO CASTELLANOS

DESCRIPTOR: EXISTENCIA DE SOCIEDAD COMERCIAL DE HECHO

RESTRICTOR:

TESIS: ...” El objeto del proceso refiere a determinar si ¿Existió o existe entre demandante y demandado una sociedad comercial de hecho? Entonces el estudio se ha de encaminar a establecer si ¿los requisitos para la existencia de una sociedad de hecho fueron demostrados en el presente ordinario?

El contrato de sociedad se encuentra regulado por nuestro Código de Comercio más exactamente en su libro segundo título primero, definiéndose según el artículo 98 como aquel mediante el cual dos o más personas se obligan a hacer un aporte en dinero, en

trabajo o en otros bienes apreciables en dinero, con el fin de repartirse entre sí las utilidades obtenidas en la empresa o actividad social. Por regla general una vez es constituida legalmente la sociedad, esta forma una persona jurídica de sus socios, situación que no se presente en casos como el de estudio, es decir cuando puede presentarse una sociedad comercial de hecho, teniendo en cuenta que esta clase de asociación se caracteriza por no estar regularmente constituida, es decir no se ha constituido mediante escritura pública.

En consonancia con nuestra legislación comercial, se conoce en nuestro sistema jurídico diversas clases de sociedad, las cuales se caracterizan específicamente por su pluralidad de socios, por el límite de la responsabilidad de estos, por la clase de aportes en que ellos contribuyen, o por sus requisitos de forma.

Dentro la clasificación de acuerdo a los requisitos de forma, se halla la sociedad de hecho, la cual de acuerdo con el artículo 498 *ibidem* es aquella que no se constituye mediante escritura pública y por ende no es persona jurídica. Además reza el mencionado artículo que la existencia de la sociedad de hecho, podrá demostrarse por cualquiera de los medios reconocidos en la ley.

Al respecto se ha pronunciado la Corte Suprema de Justicia en sentencia de fecha 27 de noviembre de 2000 Magistrado Ponente Dr. JOSE FERNANDO RAMIREZ GOMEZ:

“Como se sabe, al lado de las sociedades regulares e irregulares, es decir, las que se constituyen y funcionan legalmente y las que no obstante la escritura pública no tienen permiso de funcionamiento, existen dos tipos de sociedades que se forman de hecho, unas conocidas como sociedades de hecho por derivación o degeneración y otras sociedades de hecho o por los hechos. Las primeras surgen cuando no obstante el consentimiento expresamente manifestado de asociación, los constituyentes han omitido una o varias de las solemnidades exigidas en la ley para su formación, mientras las segundas nacen sin que los socios se lo hayan propuesto, a partir de un consentimiento tácito o implícito.”

En forma más reciente, la alta corporación en asuntos de esta índole se ha referido a la sociedad de hecho en sentencia del 31 de agosto 2011, Magistrado Ponente ARTURO SOLARTE RODRÍGUEZ, remembrando jurisprudencia anterior:

“En oportunidad reciente, la Corte recordó que desde su sentencia del 30 de noviembre de 1935 (G.J., T. XCIX, Nos. 2256 a 2259, págs. 70 y ss.), la Corporación tiene precisado que en tratándose de sociedades de hecho “que se originan en la colaboración de dos o más personas en una misma explotación y resultan de un conjunto o de una serie coordinada de operaciones que efectúan en común esas personas (...)”, deben cumplirse “las siguientes condiciones: 1º Que se trate de una serie coordinada de hechos de explotación común; 2º Que se ejerza una acción paralela y simultánea entre los presuntos asociados, tendiente a la consecución de beneficios; 3º Que la colaboración entre ellos se desarrolle en un pie de igualdad, es decir, que no haya estado uno de ellos, con respecto al otro u otros, en un estado de dependencia proveniente de un contrato de arrendamiento de servicios, de un mandato o de cualquiera otra convención por razón de la cual uno de los colaboradores reciba salario o sueldo y esté excluido de una participación activa en la dirección, en el control y en la supervigilancia de la empresa; 4º Que no se trate de un estado de simple indivisión, de tenencia, guarda, conservación o vigilancia de bienes comunes, sino de verdaderas actividades encaminadas a obtener beneficios” (Cas. Civ., sentencia del 24 de febrero de 2011, expediente No. C-25899-3103-002-2002-00084-01). (subrayas extexto)”

De acuerdo a la jurisprudencia y a la legislación comercial, debe tenerse en claro, que la sociedad de hecho, debe reunir los requisitos de existencia, que en esencia debe contener cualquier clase de sociedad, es a saber la pluralidad de socios, el *affectio societatis*, el patrimonio que se ve reflejado en los aportes que realizan los socios bien sea en dinero, en trabajo o en otros bienes apreciables en dinero, con el fin de obtener una utilidad. Súmese a ello, lo expuesto en la sentencia de precedencia, donde se especifica cuatro ítems, que permiten establecer si en casos como el presente, se está frente a una sociedad de hecho o no, situación que solo se puede vislumbrar mediante un proceso ordinario, aportándose los medios probatorios pertinentes y conducentes para lograr dicha declaración que los posibles socios de facto no quieren reconocer...”

...” considera esta colegiatura que se ha demostrado el *affectio societatis*, es decir el ánimo de asociarse, el cual se desprende de la intención y acción de las partes en llevar a cabo un proyecto agrícola, en función del cual tanto demandante como demandado,

aportaron de acuerdo a sus capacidades conocimientos y dinero, buscando los dos un fin común que consistía en sacar adelante un cultivo frutal, el cual podía o no resultar económicamente lucrativo, pues en toda inversión hay un riesgo y la prosperidad o no de un cultivo puede estar propensa a diversos factores que no son objeto de estudio de este Tribunal.

Evidentemente de las expresiones contenidas en los interrogatorios de parte y de acuerdo con las demás probanzas, es claro para esta corporación que el cultivo de durazno y tomillo, se generó gracias a los aportes que realizó tanto demandante como demandado. Por una parte el señor GÓMEZ aportó su trabajo, contribución que de acuerdo con el artículo 98 del C. Co es plenamente válido, así como la participación aportada por el señor FORERO, en capital, y al ofrecer el terreno donde se encuentra el cultivo...”

(...).

En consonancia con las declaraciones y demás pruebas arimadas al proceso, y de acuerdo con lo ya expuesto resulta claro a esta colegiatura la existencia de una sociedad de hecho entre la parte demandante y demandada, situación que no se puede supeditar a la prosperidad o fracaso de la misma, punto que se centró en ventilar la parte demandada, y que no resulta de recibo, teniendo en cuenta que ello no hace parte de los requisitos para establecer si existe o no una sociedad.

Ahora bien, respecto de las utilidades como elemento esencial dentro de una sociedad, debe destacarse como lo hizo el A-quo, que de acuerdo a la ley comercial, cuando no se encuentra estipulación contractual al respecto, la ley suple este vacío, es así como lo señala en su artículo 150 el código de Comercio:

“<DISTRIBUCIÓN DE UTILIDADES SOCIALES - PROCEDIMIENTO GENERAL>. La distribución de las utilidades sociales se hará en proporción a la parte pagada del valor nominal de las acciones, cuotas o partes de interés de cada asociado, si en el contrato no se ha previsto válidamente otra cosa.

Las cláusulas del contrato que priven de toda participación en las utilidades a algunos de los socios se tendrán por no escritas, a pesar de su aceptación por parte de los socios afectados con ellas.

PARÁGRAFO. A falta de estipulación expresa del contrato, el sólo aporte de industria sin estimación de su valor dará derecho a una participación equivalente a la del mayor aporte de capital. “

Acreditados los requisitos que enarbolan la existencia de la sociedad de hecho, se deberá confirmar la decisión de primer grado, dejando en claro igualmente que la sociedad constituida entre las partes resulta válida, al ser su objeto y causa lícitos, al no encontrarse demostrado algún vicio en el consentimiento de los socios, y al ser estos plenamente capaces para contratar...”

(...).

Magistrado: HORACIO TOLOSA AUNTA

Providencia: Apelación Sentencia / 10 de Abril de 2013

Radicación: 2011-0416

Proceso: ORDINARIO-LESIÓN ENORME

Demandante: MARÍA PLUXCILA NUÑEZ VDA DE NUÑEZ

Demandado: MARIA DEL CARMEN ROMERO OVALLE

DESCRIPTOR: CONTRATO DE COMPRAVENTA/ LESIÓN ENORME/RESCISIÓN DEL CONTRATO/

RESTRICTOR: Restitución de Servidumbres/ Restitución de Frutos/

TESIS:...” La lesión enorme, es un instrumento legal mediante el cual puede rescindirse un negocio jurídico válidamente celebrado en ejercicio de la autonomía de sus

otorgantes, concebida con el fin de dar aplicación a principios tales como la equidad, la moral y el orden público. Puede decirse que es de carácter sancionatorio, ya que a través de ella se puede restringir la libertad de contratar, con fundamento en la subsistencia del equilibrio prestacional, para que quienes intervienen en el mundo de los negocios, no vean menoscabado su patrimonio como consecuencia directa de la desproporción entre lo que entrega, a cambio de lo que recibe.

Por tanto, la figura contenida en el artículo 1946, de nuestro estatuto civil, tiene su génesis en aquel desequilibrio o desproporción, cobrando conducencia en aquellos negocios revestidos de los requisitos que en forma precisa estableció el legislador.

La lesión enorme, respecto del contrato de compraventa de inmuebles, es predicable tanto para vendedor como para comprador, y su determinación radica en la relación que se hace entre el precio efectivamente pagado y que realmente tiene el bien en el comercio. Así, el vendedor la padece cuando el precio recibido corresponde a una suma menor al cincuenta por ciento del precio justo que tiene el bien; mientras que para el comprador hace presencia cuando ese precio justo de la cosa es inferior a la mitad del precio que efectivamente pagó.

La institución tratada, de acuerdo a la normatividad que la rige, es aplicable en aquellos asuntos, donde la materia u objeto de la venta, recaiga exclusivamente sobre bienes inmuebles, siempre y cuando no hayan sido enajenados por ministerio de la justicia, y aún permanezca en manos del comprador, amén de que lo haya vendido por más de lo pagado por ella; e ineludiblemente la acción deberá ser presentada dentro de un lapso temporal de cuatro años, contados a partir de la fecha del contrato.

En consonancia con lo expuesto, se extrae el carácter objetivo de la presente acción, en la cual, se hace palpable que el elemento fundamental para la prosperidad de la acción, será aquella probanza que determine el justo precio a pagar para la fecha del negocio de compraventa, cuantía que permitirá evidenciar en cada caso en concreto, la ritualidad de lo señalado en el artículo 1947 del C.C., y así declarar la rescisión o su opción.

5.2.2. El sentido de la decisión proferida en primera instancia, es finalmente dirigida a acoger las pretensiones de la actora, habida cuenta que se logró demostrar los presupuestos de la lesión enorme en el negocio aludido.

El apelante se opone a la sentencia de primera instancia y en esencia invoca los siguientes aspectos:

1. El suplicante se muestra inconforme con la sentencia de primer grado, en el entendido que el funcionario judicial negó la exhibición de los documentos contables a la parte demandante, y su reconocimiento con fundamento en el inciso 5 del artículo 280 del C. de P. C., sobre la oportunidad para que la parte presente documentos con ese fin. Recrimina al juez, el no haber agotado la posibilidad de continuar con el interrogatorio, y solicita la revocatoria de la sentencia y el desfavorecimiento de las pretensiones, por ajustarse el valor del contrato al justo precio para la fecha de celebración.

2. Solicita se declare que SINTRA LTDA, en liquidación obligada, es la propietaria del inmueble de marras.

5.2.3. En atención al primer argumento del recurso de alzada, mediante el cual el recurrente alega inconformismo respecto de la decisión de primera instancia, por la negativa en la exhibición de los documentos contables a la parte demandante; esta Sala debe expresar que se observa en el expediente, que de conformidad con la ley, la parte demandada tuvo la oportunidad procesal para presentar las pruebas que quería hacer valer dentro del precitado proceso; pero no lo hizo en su momento, solo lo vino a hacer en la audiencia de INTERROGATORIO DE PARTE que se llevó a cabo el día 14 de julio de 2010 (fls. 1 a 4 Cd. 4), máxime cuando la oportunidad de pedir pruebas había precluido en legal forma.

De lo anterior, es pertinente resaltar que con el escrito de apelación, la parte pasiva no puede revivir los términos ya fenecidos, pues la administración de justicia está organizada de tal modo que el derecho sustancial tenga etapas propias para ser aplicado, lo que indica que en esta instancia no le es oportuno al apelante refutar que no tuvo oportunidad para presentar las pruebas que quería hacer valer dentro del proceso en su momento.

5.2.4. Al respecto esta sala en providencia del 27 de junio de 2012. Sentencia de segunda instancia. Radicado 2011 – 0001 (2006-0091. Ordinario de Lesión Enorme de MARIA LUCILA ALVARADO DE PINILLA contra MARIA OLIMPIA PINILLA DE PINILLA, y OTROS. M.P. JOSE HORACIO TOLOSA AUNTA), ha acudido a la jurisprudencia constitucional mencionando que:

“La corte Constitucional con respecto a los términos procesales ha sostenido en su sentencia C-416 de 1994 con Magistrado Ponente ANTONIO BARRERA CARBONELL, que es deber de los ciudadanos colaborar con la administración de justicia:

“La inexistencia de términos judiciales o su exagerada amplitud para el cumplimiento de las actuaciones procesales puede implicar un desconocimiento de los numerales 1° y 7° del artículo 95 de la Constitución Política, pues puede dar lugar a que los sujetos procesales abusen de sus derechos al poder actuar a su arbitrio, en cualquier oportunidad, con la circunstancia de que los procesos se harían interminables, desconociéndose de esta forma, los derechos ajenos, aparte de que sería nugatorio del deber de las personas de colaborar con la recta administración de justicia. De otra parte, la autorización para actuar procesalmente sin límite de tiempo alguno o la consagración de términos bien amplios podría dar lugar a actuaciones dilatorias y dolosas contrarios al principio a que alude el artículo 83 de la Constitución Política, al señalar que tanto las actuaciones de los particulares como de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe.”

Y justifica los términos procesales como aquellos que permiten dar aplicación a la seguridad jurídica:

“...El señalamiento de términos procesales da certeza y, por lo mismo, confianza a las actuaciones de las partes y del funcionario judicial; por consiguiente, los términos procesales contribuyen a garantizar la seguridad jurídica que es principio constitucional que se deduce de diferentes normas de la Carta, especialmente del preámbulo y de los artículos 1°, 2°, 4°, 5° y 6°...”

Igualmente en sentencia C-814 de 2009 Magistrado Ponente: Dr. JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB, refiriéndose a los términos procesales manifestó:

“...En primer lugar, la jurisprudencia constitucional ha definido que los términos procesales constituyen el momento o la oportunidad que la ley establece para la ejecución de las etapas o actividades que deben cumplirse dentro del proceso por el juez, las partes, los terceros intervinientes y los auxiliares de la justicia. Ha agregado que la consagración de términos perentorios no contradice la Carta Política, sino que, por el contrario, “busca hacer efectivos los derechos de acceso a la administración de justicia y el debido proceso, así como los principios de celeridad, eficacia, seguridad jurídica y prevalencia del derecho sustancial sobre las formalidades propias de cada proceso, en la medida en que asegura que éste se adelante sin dilaciones injustificadas, como lo ordena el artículo 29 de la Carta Política, en armonía con el 228 ibídem.” (subrayas fuera texto)”

Los fundamentos expuestos, en cuanto a los términos procesales son igualmente aplicables al reproche que hace el apelante a la primera instancia, de no haber reconocido las pruebas que presentaba en audiencia de interrogatorio de parte, ya que la parte demandada, tuvo la oportunidad procesal para recurrir el proveído, mediante el cual negó la exhibición de los documentos contables a la parte demandante, y su reconocimiento, con fundamento en el inciso 5 del artículo 280 del C. de P. C., momento que no aprovechó, y es ahora en segunda instancia, donde invoca tal situación, como sustento para solicitar la revocatoria de las sentencia, cuando está más que fenecido el termino procesal. Por lo que se considera improcedente que alegue en esta instancia, el no haberse decretado una prueba, cuando la ley adjetiva establece el momento y el medio preciso para buscar tal resarcimiento, como lo contempla el artículo 351-3 ibídem.

5.2.5. Respecto a la solicitud que hace la quejosa sobre el desfavorecimiento de las pretensiones, por ajustarse el valor del contrato al justo precio para la fecha de celebración, se tiene que, el precio de la venta consignado en la cláusula tercera de la escritura 0876 fue de \$89.800.000, pero la actora en su escrito introductorio, afirma que el precio aludido es irrisorio, como quiera que el valor justo del inmueble, para la época de la negociación superaba los \$300.000.000, de acuerdo con el informe presentado por el perito evaluador. Por otra parte sostiene, que el valor estipulado en la escritura, ni siquiera fue cancelado en su totalidad, ya que solo la compradora pago a la vendedora la suma de \$40.000.000.

Puestas así las cosas, la colegiatura y en el asunto que concita nuestra atención, precisa enunciando el artículo 1947 del Código Civil que dice:

“El vendedor sufre lesión enorme cuando el precio que recibe es inferior a la mitad del justo precio de la cosa que vende; y el comprador a su vez sufre lesión enorme, cuando el justo precio de la cosa que compra es inferior a la mitad del precio que paga por ella”

El justo precio se refiere al tiempo del contrato y para que opere la lesión enorme, se requiere:

- a) Que el actor haya sufrido un perjuicio en la proporción que establece la ley.*
- b) Que se refiere a compraventas en que la ley autoriza la acción.*
- c) Que la acción se promueva dentro de los términos establecidos por la ley.*
- d) Que la cosa permanezca en poder del comprador.*
- e) Que no se haya renunciado válidamente a su ejercicio.*

En consonancia con la norma referida, esta sala entiende que el experticio y su aclaración obrante a la foliatura, tienen valor y firmeza en presente declarativo, teniendo en cuenta que dicha prueba fue expuesta a la contradicción, a través de las oportunidades y mecanismos otorgados por la ley adjetiva, sin que la parte interesada en debatirla ejerciera las acciones correspondientes.

En forma aclarativa, téngase en cuenta que de acuerdo a las pruebas presentadas por la parte activa, se evidencia, que el valor del inmueble lo concluyo el auxiliar, de acuerdo a las características del predio, como son su “localización, vías de acceso, facilidad de transporte, servicios públicos, destinación, uso actual o potencial, actividad comercial o residencial, movimiento de la finca raíz en el sector, vetustez, clase de construcciones y materiales empleados” (FL. 4 al 13 cd.3).

De acuerdo al experticio aludido, queda en consecuencia demostrado que el valor del inmueble objeto de la litis, para el año 2007, era de \$320.000.000.00, suma que frente a la cancelada, es decir, \$89.800.000.00, muestra en forma contundente la desproporción negativa sufrida por la vendedora del inmueble, ya que la compradora pagó un precio inferior a la mitad del justo.

La probanza aludida, encuentra respaldo en esta instancia, pues, además de lo ya explicado, se funda en un análisis que comprende la descripción del bien, su conformación entre pisos y apartamentos, el valor total, sus frutos, y sus conclusiones, con claridad y precisión, sin ser objeto de reproche alguno.

De acuerdo a las razones expuestas, considera esta Colegiatura que el punto de controversia del apelante, resulta desacertado por los motivos ya consignados; imponiéndose la confirmación de la providencia censurada.

En consecuencia con lo expuesto, debe considerarse que se logró demostrar que el precio pagado por la SOCIEDAD COMERCIAL SISTEMA DE INVERSION EN TRANSPORTE SINTRA LTDA, en calidad de compradora, a la señora MARIA PLAUXCILA NUÑEZ Vda. de NUÑEZ, en calidad de vendedora, con ocasión de la venta contenida en la escritura No 0876, de fecha 24 de abril de 2007, por la cual se enajenó el inmueble identificado con folio de matrícula inmobiliaria No 070-0068830, era inferior a la mitad del justo precio que para la época del negocio ostentaba el inmueble, situación que se encuentra plenamente probada; careciendo en estas condiciones de sustento del recurso de apelación, por lo cual se resolverá en forma desfavorable.

Por tanto esta Sala encuentra conveniente confirmar la decisión recurrida, por las razones ya anotadas...”

...(...)

Magistrado: HORACIO TOLOSA AUNTA
Providencia: Apelación Sentencia / 18 de Abril de 2012
Radicación: 2011-0468
Proceso: EJECUTIVO SINGULAR
Demandante: SOCIEDAD COMERCIAL AGRARIA S.A.
Demandado: LUIS EDUARDO YANQUEN Y OTROS

DESCRIPTOR: EJECUTIVO SINGULAR/ TÍTULO VALOR- PAGARÉ/

RESTRICTOR: TÍTULO CREDITICIO/

TESIS:...” No debe perderse de vista que el pagaré, concebido como instrumento negociable, en la medida que quien lo suscribe se reconoce deudor de otra persona por cierta suma de dinero, no es otra cosa que un título de contenido crediticio, precisamente por tal reconocimiento. Desde este punto de vista el pagaré constituye un acto unilateral encaminado a producir efectos jurídicos, proferido por la voluntad de una persona que se confiesa deudor en determinada cantidad de dinero, para ser pagadero en fecha próxima. Así las cosas, el pagaré es aquél título valor por medio del cual una persona, el suscriptor, se obliga en forma directa para con otra, llamada acreedor o beneficiario, o a su orden, a pagar una cierta cantidad de dinero en una fecha determinada. Como puede observarse, el pagaré no es un mandato u orden de pago, sino un reconocimiento de la deuda, una promesa de pago. En términos particulares el pagaré es un título valor de contenido crediticio, por medio del cual el suscriptor, otorgante o girador, promete pagar una suma de dinero a su beneficiario o tomador.

5.2.2 Contrario a lo esbozado por el apelante, el a quo si tuvo en cuenta las pruebas allegadas al informativo, principalmente los testimonios los que refieren sobre el negocio causal y que no desconoce el acreedor y que tampoco desvirtuó el demandante, pues en la providencia atacada se dejó anotado: “Aquí es necesario tener en cuenta lo expresado por el representante legal de la entidad demandante en su interrogatorio (folios 3 a 5 cuaderno No. 4) y el certificado expedido por el revisto fiscal de la misma (folio 98 cuaderno No. 1), pues en ambas se coincide en afirmar que el valor por el cual se giró el nuevo pagaré corresponde al saldo de la obligaciones pendientes de pago de los demandantes para con la empresa, siendo más específico en su valor por obvias razones el documento expedido por el revisor, suma la cual los demandados no desconocen adeudar sino que fundamentan su oposición en que tal valor corresponde a facturas cambiarias de compraventa sobre las cuales ha operado la prescripción, por lo que no podían ser incluidas en un nuevo título valor, ya que con el pagaré y la carta de instrucciones en blanco no se pretendía renunciar a la prescripción y mucho menos novar la obligación.” (FL 13 de la providencia atacada).

Probado se encuentra entonces, que los demandados con la facultad que les concedió la ley, y de una manera voluntaria y unilateral, consintieron en que la entidad actora les suministrara insumos agrícolas, los que se relacionaron en las facturas vistas a fls del 15 al 74. Para respaldar la obligación contraída se suscribió el pagaré firmado en blanco, con la respectiva carta de instrucciones como dan cuenta los documentos allegados con el libelo demandatorio. Título valor que como se dejó anotado, es un acto unilateral encaminado a respaldar el pago de los insumos agrícolas, las que como no han sido satisfechas en forma voluntaria, se hizo necesario su recaudo coercitivamente.

5.2.3 No es cierto, que en la sentencia materia de alzada se haya desconocido el precepto del inciso tercero del art. 621 del C. de Co., en el sentido de la suscripción y entrega del pagaré, como lo quiere hacer ver el apelante que el título valor base de ejecución, no cumple con los requisitos previstos en la aludida norma, por el contrario no solo debe cumplirse con el mencionado art, sino también con los arts. 709, 710 y 711 ibidem.

Entonces probado se encuentra que en el presente caso, mediante el pagaré base de ejecución, los demandados otorgaron la promesa incondicional de pagar la suma de dinero allí relacionada, junto con los intereses moratorios, para ser cancelado el 30 de enero de 2009, a favor de la sociedad demandante, por lo que así expuesto reúne todos los elementos esenciales de que tratan los arts. 621 y 709 del C. de Co, se proclama entonces, su existencia. En punto de la fecha y lugar de creación, del lugar de cumplimiento, la ley suple su ausencia (arts 65 de la Ley 45 de 1990). En otros términos, solo basta que se indique el término pagaré, la promesa incondicional de cancelar una suma determinada de dinero, el beneficiario, la fecha y lugar donde hay que cumplir con la obligación y la firma del girador, para que como en el presente caso, se tenga como

existente, sea válido y eficaz, sin que con ello el a quo, haya desconocido el negocio causal.

5.2.4 Frente a la censura sobre la suscripción de la carta de instrucciones y del pagaré, no es de recibo la inconformidad del apelante, en el sentido de que no se pueda controvertir la suma prometida, ya que como el mismo lo afirma, dicha situación se encuentra contemplada en el art. 784 del C. de Co, numeral 12, que permite al deudor replicar sobre el negocio causal, pero como se ha dejado expuesto, el actor, ni el a quo, y ahora menos esta Sala lo desconoce, ya que está probado que entre las partes existió un negocio, el cual consistía en que la sociedad actora, suministraba insumos agrícolas a los demandados; pero una cosa es ese negocio de suministro de mercancías, y diferente es el título valor base de ejecución, el que se recaba cumple con todos los requisitos de validez previstos en los arts 621 y 709 del C. de Co.

Diferente es, que los demandados con las facultades que le confiere la ley, se hubieran comprometido a cumplir con la obligación de cancelar las sumas relacionadas en las facturas, las que fueron respaldadas con la carta de instrucciones en blanco y el pagaré en las mismas circunstancias, el que fue llenado en la forma estipulada por los demandados, y ante su incumplimiento se procediera a promover la acción cambiaria. Procedimiento dentro del cual los pasivos tuvieron la oportunidad de presentar las réplicas, pero conforme a los hechos exceptivos, se probó que efectivamente existió un acuerdo entre las partes, pero no por ello se puedan sustraer de cumplir con una obligación que es expresa, clara y actualmente exigible, pues conforme la literalidad del título valor, sin que fuera invención del juzgador, allí aparece que fue creado el 29 de enero de 2009, y dicha afirmación fue avalada en la carta de instrucciones que se insiste, fue suscrita por los demandados.

5.2.5 Frente a la inconformidad sobre la carta de instrucciones, la que ha confundido el apelante al señalar que el a quo, le dio el mismo tratamiento que los títulos valores, no es de recibo, pues precisamente se invoca el art. 622 del C. de Co, norma esta que el legislador contempló como una posibilidad que se presenta entre los comerciantes, como ha ocurrido en el presente caso, es decir la necesidad de que se expidan unos insumos, los cuales no tenían la certeza sobre su valor, ni la cantidad específica, pues fue durante un determinado tiempo que se entregaron las mercancías, pero para asegurar su pago, fue que el actor exigió la firma en blanco del pagaré y la carta de instrucciones.

Frente a tal carta, son varios los aspectos que merecen ser resaltados:

- a) ¿Qué persona está facultada para llenar los espacios en blanco? Indudablemente que el tenedor legítimo del título, tal como lo prescribe el artículo 622 del C. de Co.
- b) ¿En qué momento debe ser llenados los espacios o la hoja en blanco? La misma norma precisa que debe acometerse antes de presentar el título para el ejercicio del derecho en él incorporado, lo cual significa que el tenedor no podrá presentar el título valor con espacios en blanco o con la sola firma del creador para ejercitar tales derechos.
- c) ¿Cómo deben llenarse los espacios en blanco o el papel en blanco con la sola firma del emitente? Será, sin lugar a dudas, siguiendo literalmente las instrucciones que haya dejado el suscriptor. ¿Y qué sucede entonces si el tenedor ha llenado el documento alterando dichas instrucciones, rebozando las facultades otorgadas o simplemente lo llena sin que hubieren existido instrucciones al respecto? Dos situaciones podría prestarse en este caso. De un lado si quien ejercita la acción cambiaria es el directo beneficiario, un primer tenedor – beneficiario, en este evento el suscriptor del título tiene perfecto derecho a interponer una excepción fundada en la ausencia o violación de instrucciones, en cuanto se acredite tal. En segundo lugar, y es una situación bien distinta, si quien propone la acción cambiaria es un tenedor que adquiere el título después de haber sido llenado, que no participó en este proceso, que no es el beneficiario directo, el tratamiento no puede ser el mismo, en la medida que se trata de un tenedor legítimo, a no ser que se pruebe que este tenedor obró dolosamente o en circunstancias de complicidad con la persona que llenó el título, lo cual significa que la acción en cuestión no podría proponérsele a esta última persona.

De otro lado, es importante señalar al respecto que la misma ley procesal hace presumir como cierto el contenido del documento en blanco o con espacios sin llenar, una vez se haya reconocido la firma o declarado su autenticidad. Así lo indica el artículo 270 del Código de Procedimiento Civil, norma que además regula la participación de terceros intervinientes en esta clase de documentos, al señalar que la prueba en contrario no perjudicará a terceros de buena fe, salvo que se demuestre que incurrieron en culpa. Entonces, quien entrega un documento con espacios en blanco o un papel en blanco con la sola firma, pero con la intención de convertirlo en título valor, lo hace a sabiendas de las dificultades que puede tener el documento con posterioridad y por lo tanto está llamado a asumir le riesgo que implica la entrega.

Así las cosas, a fl 4 cd 1, se allegó por parte de COMERCIAL AGRARIA S.A. carta de instrucciones para llenar pagaré en blanco, la que fue suscrita en esta ciudad el 29 de enero de 2009, por los demandados, y allí se autorizó en forma permanente e irrevocable, para que de modo expreso procedan a llenar el pagaré a la orden, otorgado a su favor y distinguido con el número 2. Instrumento que es base de ejecución. Documento este que no fue tachado de falso, ni desconocido por los demandados y por consiguiente tiene plena validez.

Contrario a lo esgrimido por el apelante, la carta de instrucciones, es clara en afirmar, que se autoriza a la entidad demandante para que se llenen los espacios dejados en blanco, respecto del pagaré numero 2 y estipula sobre la cuantía, la fecha de vencimiento, intereses, ect, por lo que no encuentra probado esta Sala, la censura que este documento hubiera sido creado pero no en blanco, por el contrario el mismo no deja duda, de las instrucciones dadas y que se refiere el título valor, materia de la litis, que valga resaltar se procedió conforme a la norma sobre la materia. Nótese que allí se establece que fue creada en la ciudad de Tunja, el 29 de enero de 2009. En esas circunstancias conforme a los parámetros señalados, es que se autorizó a la entidad demandante para que presentara la acción, pues si fuera como lo quiere hacer ver el apelante, que la carta debe llevar la fecha de creación del título valor, no tendría razón de ser, pues precisamente la misma se fundamenta en una posibilidad de negociación, para un futuro, sin que ello contraría la disposición en comento o que el a quo, se hubiera apartado de dichos parámetros. Se recaba que el momento en que deben llenarse el título en blanco y conforme a las instrucciones, es antes de presentar el título para el ejercicio del derecho en él incorporado, porque el tenedor no podrá presentar el título valor con espacios en blanco o con la sola firma del creador para ejercitar tales derechos.

Igualmente con los testimonios allegados se afirma la prueba documental, sobre la carta de instrucciones, cuya entrega se produjo a comienzos del año 2002, y no el 29, ni el 30 de enero de 2009, como aparece en los documentos que se trajeron con la demanda. Procedimiento que fue avalado por los demandados al suscribir los ya tantas veces mencionados, pagaré y carta de instrucciones.

5.2.6 En punto de inconformidad sobre la negación de la excepción de prescripción, esta Sala no la estudiará, en primer término dado que los demandados, no la impetraron dentro del término como tal, sino que en la que denominó cobro de lo no debido en el numeral 2.5 (FL 18 Cd 1), refiere la existencia de las facturas cambiarias que fueron relacionadas y que hicieron parte del negocio causal, las que considera se encuentra prescritas.

En segundo lugar, no es dable que haciendo uso del recurso de apelación, el demandado promueva una réplica que no impetró dentro del término que para el efecto nuestro Estatuto Procesal Civil, prevé.

5.2.7 Frente a las inconformidades de las excepciones de Cobro de lo no debido, inexistencia de novación de obligación, se tiene que igualmente no prosperan por las mismas razones que se han dejado expuestas, ya que contrario a lo censurado por el apelante no es contradictorio, porque no aparece en la contestación de la demandada que los demandados, nieguen deber las sumas por las cuales se libró mandamiento de pago, lo que ellos alegan es que las facturas cambiarias allegadas se encuentran prescritas y por consiguiente el demandante no tiene el derecho de reclamar las sumas allí relacionadas. El pagaré se llenó por los valores que cuestan las mercancías que les fueron despachadas, y al no ser cumplidas obviamente se generan intereses moratorios.

Así las cosas, no es que exista una novación de obligaciones como lo pretende el apelante, es decir no se está cambiando una obligación, por otra, sino que se está cobrando la misma suma que los demandados adeudan al recibir por parte de la sociedad demandante los insumos agrícolas que dan cuentas las facturas, las que se reitera fueron respaldadas con el título valor allegado y las instrucciones de cómo llenarlo.

5.2.8. Sobre el cobro de intereses, debe decirse que, armonizando la redacción original de artículo 884 del C. de Co. y el artículo 235 del derogado Código Penal, la jurisprudencia señaló para ese entonces que las tasas de interés por mora en ningún caso habrían de superar los certificados por la Superintendencia Bancaria para los créditos ordinarios, más un 50%, en la medida en que fluctúen, pues este es el límite que el legislador impuso para configurar el delito de usura.

Con posterioridad, a partir del 04 de agosto de 1999, fecha en la que entró en vigencia el artículo 111 de la Ley 510/99, en punto a los intereses de mora esta norma, subrogatoria del artículo 884 del C. de Co., estableció que "... si las partes no han estipulado el interés moratorio, será equivalente a una y media veces del bancario corriente y en cuanto sobrepase cualquiera de estos montos el acreedor perderá todos los intereses, sin perjuicio de los dispuesto en el artículo 72 de la Ley 45 de 1990", de manera que el

legislador en esta ocasión acogió la fórmula de los intereses corrientes que no la dispuesta en otrora y relativa a los señalados para los créditos ordinarios.

Frente a los intereses solicitados y cobrados, que a criterio del apelante, no fueron pactados y por consiguiente no se deben cobrar, no tiene asidero jurídico, ya que sí fueron pactados y los demandados se comprometieron a cancelarlos. En el pagaré base de ejecución se pactó: "A partir de la fecha de este pagaré y sin perjuicio de las acciones legales del ACREEDOR, se causarán intereses de mora a la tasa anual efectiva más alta permitida por la Ley sobre la totalidad del saldo insoluto," es decir fue voluntad de las partes, que sobre el saldo insoluto se causarían intereses de mora conforme a los parámetros en las normas señaladas, y por ese porcentaje es que se ordenó el mandamiento de pago.

En estas condiciones, los argumentos expuestos por el apelante, para que se revoque la sentencia materia de alzada carecen de todo sustento jurídico. Por tanto esta Sala encuentra conveniente confirmar la decisión recurrida, por las razones ya anotadas.

(...).

Magistrado: LUIS ARMANDO TOLOSA VILABONA

Providencia: Sentencia de segunda instancia del 24 de Abril de 2013

Radicación: 2010-100/2012-0046

Proceso: ORDINARIO DE UNIÓN MARITAL DE HECHO

Demandante: Flor Imelda Domínguez Moreno

Demandado: Héctor Armando Ávila Ávila

DESCRIPTOR: ORDINARIO UNIÓN MARITAL DE HECHO /COMPAÑEROS PERMANENTES /

RESTRICTOR: COMUNIDAD DE VIDA / DISOLUCIÓN Y LIQUIDACIÓN SOCIEDAD PATRIMONIAL/

TESIS: ..." Se trata en el presente asunto de una acción ordinaria de carácter declarativo formulada con apoyo en la Ley 54 de 1990 modificada por la Ley 979 de 2005, vigente a partir del 28 de diciembre de 1990², y por supuesto en el artículo 42 de la C. N., que dio textura constitucional a los derechos de las parejas que sin estar casadas, conviven como si así lo fueran.

5.1 La unión marital entre dos personas: El artículo 1° de la Ley 54 de 1990, por medio de la cual se definen las uniones maritales de hecho y el régimen patrimonial entre compañeros permanentes, llanamente expresa: "A partir de la vigencia de la presente ley y para todos los efectos civiles, se denomina unión marital de hecho, la formada entre un hombre y una mujer, que sin estar casados, hacen una comunidad de vida permanente o singular (...)."

No obstante, sería obtuso para esta Sala, restringir la existencia de la unión marital, únicamente al campo del entrelazamiento de un hombre y una mujer, porque equivaldría a menoscabar el derecho de las parejas del mismo sexo, puesto que éstas también reclaman un régimen de protección, y el juez no puede cerrar los ojos a la realidad de las parejas homosexuales, quienes también están amparadas por la regla 42 Superior, de modo que para los tiempos actuales sólo se exige dualidad de seres humanos.

5.2. La sociedad patrimonial. Con relación con los efectos patrimoniales la unión marital de hecho, el artículo 2° Ibídem, reformado por la Ley 979 de 2005 prevé:

"Se presume sociedad patrimonial entre compañeros permanentes y hay lugar a declararla judicialmente en cualquiera de los siguientes casos:

² Sin embargo, al presentarse una situación jurídica de anomia con antelación a la vigencia de esta nueva ley, por virtud de la retrospectividad debe aplicarse a las uniones surgidas con anterioridad a la promulgación y que continúan desarrollándose sin solución de continuidad durante su vigencia, no a las fenecidas; porque si es para solucionar injusticias, la ley debe comprender las antiguas y nuevas situaciones, pues no afecta derechos adquiridos.

- a) Cuando exista unión marital de hecho durante un lapso no inferior a dos años, entre un hombre y una mujer sin impedimento legal para contraer matrimonio;
- b) Cuando exista una unión marital de hecho por un lapso no inferior a dos años e impedimento legal para contraer matrimonio por parte de uno o de ambos compañeros permanentes, siempre y cuando la sociedad o sociedades conyugales anteriores hayan sido disueltas y liquidadas por lo menos un año antes de la fecha en que se inició la unión marital de hecho.

Los compañeros permanentes que se encuentren en alguno de los casos anteriores podrán declarar la existencia de la sociedad patrimonial acudiendo a los siguientes medios:

1. Por mutuo consentimiento declarado mediante escritura pública ante notario donde dé fe de la existencia de dicha sociedad y acrediten la unión marital de hecho y los demás presupuestos que se prevén en los literales a) y b) del presente artículo.
2. Por manifestación expresa mediante acta suscrita en un centro de conciliación legalmente reconocido demostrando la existencia de los requisitos previstos en los literales a) y b) de este artículo”.

La ley presume, entre los compañeros permanentes, cuándo se dan los supuestos de hecho previstos para la unión marital, la existencia de una sociedad de ganancias, a título universal, semejante a la sociedad conyugal. Así lo demuestra el artículo 3º de la misma Ley, según el cual: “El patrimonio o capital producto del trabajo, ayuda y socorro mutuos pertenece por igual a ambos compañeros permanentes”; y el parágrafo de esta disposición, que fija cuáles bienes “no formarán parte del haber de la sociedad”, en forma similar a lo dispuesto para la sociedad conyugal.

Luego de la interpretación que debe dársele a la Ley 54 de 1990 modificada por la Ley 979 de 2005, se desprende que para establecer la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes, preciso es, demostrar en primer término la existencia de la unión marital de hecho entre dos personas, en el entendido que el régimen de protección en ella contenido se aplica también a las parejas homosexuales, porque sólo se exige unión o dualidad de dos seres humanos. Y ellos es así, porque aún cuando estamos empujados en los hombros del pasado y determinados causalmente por instituciones jurídicas milenarias sofocadas por moralismos pacatos, hoy por fuerza de los hechos y de las exigencias sociales, jurídicas y políticas, hemos dado paso a una sociedad pluralista, globalizada, participativa, edificada en un nuevo orden constitucional, cuyos prejuicios, preconceptos, dogmatismos y confesionalismos deben sucumbir para hacer del tejido social una comunidad respetuosa de la intersubjetividad y de las opciones de vida personal de los seres humanos. Un Estado, como el nuestro, a tono con los sistemas constitucionales contemporáneos y con una filosofía política incluyente y democrática, debe reconocer sin tapujos los derechos y las obligaciones patrimoniales y familiares entre las parejas homosexuales también, sin recato ni discriminación alguna, así no haya texto legal que defiera tales derechos, o así el legislador sea negligente en reconocerlo. El juez del Estado de derecho, al margen de toda consideración halla fundamento inequívoco en los principios, valores y derechos prohijados por la Carta³, para corregir con rigor, toda situación de facto que menoscabe derechos, propugnando por la igualdad de todas las personas, pues un cúmulo de textos supralegales compelen la materialización y defensa del nuevo orden en el Estado Social de derecho. Al respecto la Honorable Corte Constitucional señaló:

“La Sala reconoció en dicha providencia que las parejas del mismo sexo que tenían una cohabitación cuyo fin era la realización de un proyecto de vida común fundada en la solidaridad y en el apoyo mutuo, no encontraban protección jurídica ante la finalización de la relación o frente a la muerte de uno de los compañeros, desprotección generada por un criterio sospechoso de discriminación como lo es la orientación sexual, que está proscrito por la jurisprudencia constitucional y las normas que conforman el bloque de constitucionalidad y que en el caso de las parejas del mismo sexo resultaba lesivo no sólo del derecho al libre desarrollo de la personalidad sino de su dignidad y autonomía, razón por la que se requería un mínimo de protección, mediante el reconocimiento jurídico de una situación que, en este caso, se traducía en otorgarle a este grupo el mismo régimen patrimonial de la unión marital de hecho, en la medida en que no existe una regulación que permita afirmar su no discriminación.

³ El art. 16 de la Carta Magna, formula imperativamente, recogiendo los principios de los revolucionarios franceses: “Todas las personas tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico”.

“Es decir, la Corporación reconoció que existe una ausencia o un déficit de protección frente a este grupo de personas que requiere de regulaciones legislativas, pero mientras ellas se producen el juez constitucional, en ejercicio de su función de guardián de la Constitución y garante de los derechos fundamentales, en donde la igualdad material y el respeto por la libre determinación son fundamentales a la concepción misma del Estado Social de Derecho, debe buscar la forma de hacerlas efectivas apelando a las instituciones que legislador ya ha regulado y que puedan servir para ofrecer una protección adecuada a esos grupos discriminados, mientras el legislador en ejercicio del principio democrático introduce la normativa correspondiente.

“Se admite, entonces, que corresponde al legislador y no al juez constitucional regular las consecuencias jurídicas de ciertos hechos y fenómenos sociales. No obstante, ante la ausencia de una normativa que permita prodigar una protección a un grupo determinado el juez constitucional puede extender uno existente, como en efecto lo hizo en el caso de las uniones maritales de hecho frente a las parejas del mismo sexo. En ese orden se indicó:

“No hay razón que justifique someter a las parejas homosexuales a un régimen que resulta incompatible con una opción vital a la que han accedido en ejercicio de su derecho al libre desarrollo de la personalidad, ni resulta de recibo que la decisión legislativa de establecer un régimen para regular la situación patrimonial entre compañeros permanentes, sea indiferente ante los eventos de desprotección a los que puede dar lugar tratándose de parejas homosexuales.”

“Bajo esa lógica, se declaró la exequibilidad de la Ley 54 de 1990, tal como fue modificada por la Ley 979 de 2005, en el entendido que el régimen de protección patrimonial en ella contenido debía aplicarse también a las parejas del mismo sexo y cuyo objetivo era solventar el déficit de protección al que están sometidas estas últimas frente a los efectos patrimoniales de su relación”⁴.

Y la Corte Suprema de justicia, igualmente ha sido, coherente con los postulados constitucionales para otorgar las prerrogativas del ordenamiento a las parejas del mismo sexo:

“Quiere decir esto, que la Corporación no ha sido indiferente a las situaciones en que tiene incidencia la libre opción sexual de los integrantes de la sociedad, pero que, con claro respeto a la misma, ha ejercido su función de interpretar la ley considerando la limitación normativa sobre la materia, pero dejando sentado que las personas del mismo sexo que antes de la emisión del fallo habían convivido en pareja, con interrupción del vínculo, podían acudir a las acciones ordinarias que en un principio se habían reconocido a los concubinos, esto es, obtener la declaración de existencia de sociedad de hecho de naturaleza civil o comercial, previo establecimiento de los correspondientes presupuestos.

“Ahora, como producto de la declaratoria de exequibilidad condicionada de la Ley 54 de 1990 y en ejercicio de las funciones que le son propias, será menester propender por la defensa y protección de los derechos reconocidos para aquellas personas que, en ejercicio de la libertad de opción, acuerden una comunidad de vida dentro de los parámetros allí establecidos, sin consideración a su identidad sexual”⁵.

⁴ COLOMBIA, CCONST. Sent. C-283 del 13 de abril del 2011, Expediente D-8112, Magistrado Ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Confer, también la sentencia C-075 de 2007 de la Corte Constitucional.

⁵ COLOMBIA, CSJ. Civil. Mg. Pon. Dr. Fernando Giraldo G., Sent. del trece (13) de diciembre de dos mil once (2011), exp. 6600131100042007-00425-01; sin embargo en esta providencia, razonó: “(...) Resumiendo, como la sentencia C-075 de 2007 ni en la parte resolutive como tampoco en su *ratio decidendi* contempló efectos *ex-tunc* o retroactivos, la comunidad de vida con ánimo de permanencia que se dio entre Jorge Eduardo Gómez Alzate y Julio Alfredo Giraldo Ruiz, no está cobijada por la referida sentencia, la cual rige hacia el futuro.

“En ese orden de ideas, el Tribunal de segunda instancia, con la providencia que aquí se impugna, excedió el marco de sus facultades, pues, le dio al referido fallo de inexequibilidad, unas consecuencias no previstas por la propia Corte Constitucional, único órgano encargado, como se vio, de determinar el alcance de esa clase de providencias.

“Con su actuar, además, el *ad-quem* desconoció el texto original de la Ley 54 de 1990, con las modificaciones de la 975 de 2005, el cual no previó la unión marital de hecho y sus consecuencias patrimoniales a parejas del mismo sexo, posibilidad que sólo vino a darse a partir del 8 de febrero de 2007, esto es, al día siguiente de su adopción”.

De lo anterior se colige, que para que exista unión marital de hecho se requiere que concurran los siguientes requisitos: a) Unión marital entre dos personas, en el entendido que el régimen de protección en ella contenido, se aplica también a las parejas homosexuales, porque sólo se exige ahora dualidad de seres humanos; b) Que las citadas personas no se encuentren casadas; c) Que hagan una comunidad de vida permanente y singular.

5.3 La disolución y liquidación de la sociedad patrimonial. Es también igualmente sabido que el artículo 5° de la Ley 54 modificada por la Ley 979 de 2005, prescribe que la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes se disuelve: a) Por la muerte de uno o de ambos compañeros; b) Por el matrimonio de uno o de ambos compañeros con personas distintas de quienes forman parte de la sociedad patrimonial; c) Por mutuo consentimiento de los compañeros permanentes elevado a escritura pública; d) Por sentencia judicial.

Finalmente dígase, que compendiado lo expresado por la doctrina y la ley, son variados los elementos que han de concurrir para la conformación de la unión marital de hecho:

a-) Idoneidad marital de las personas y que no se encuentren casadas. Se refiere a la aptitud de los compañeros para formar y conservar la vida marital, que por virtud del condicionamiento hecho en la sentencia C- 075 de 2007 que declaró exequible la Ley 54 de 1990 modificada por la Ley 979 de 2005, el régimen de protección en ella contenido, se aplica también a las parejas homosexuales; de modo que sólo se exige ahora dualidad de seres humanos capaces.

b-) Comunidad de vida. Tiene que ver con la real convivencia, traducida en la cohabitación y en el socorro y ayuda mutuos, compartiendo techo, mesa y lecho.

c-) Permanencia marital. No dijo el legislador cuánto tiempo debía perdurar la unión marital, para que sea considerada permanente, pero se estima que la necesaria para reflejar una efectiva comunidad de vida, y no menos de dos (2) años para que dé lugar a presumir la existencia de sociedad patrimonial.

d-) Singularidad marital. Este elemento guarda similitud con la unión matrimonial porque la unión marital también tiene que ser única o singular, por cuanto es elemento estructural de la familia el matrimonio monogámico, conservándose esta directriz en la unión marital o en cualquier otro de tipo de familia contemporánea.

6. Problema jurídico, análisis y respuesta en el caso concreto

La parte actora pretende se declare la unión marital de hecho conformada por la parte demandante frente al demandado. El a quo la dio por demostrada y el recurrente, fustiga el fallo para que se revoque por no estar demostrados los elementos fundantes de la acción.

Como quiera que lo pretendido por la parte actora en la demanda es que se declare judicialmente la existencia de la “unión marital de hecho” entre los compañeros permanentes, habrá de analizarse la concurrencia de estos elementos:

a).- Idoneidad marital de las dos personas, y que no se encuentren casadas.

b).- Comunidad de vida compartiendo mesa, techo y lecho.

c).- Comunidad de vida permanente.

d).- Unión singular.

6.1.- El primero de los requisitos, es indiscutible, porque quienes conforman la unión son los señores Flor Imelda Domínguez Moreno y Héctor Armando Ávila Ávila, se trata de dos personas capaces de diferente sexo.

6.2.- Respecto al segundo de los presupuestos, se halla probado en el proceso que los compañeros permanentes no estaban casados entre sí, ni existen elementos de juicio que permitan asegurar que las partes sostuvieron vínculo marital con un tercero.

6.3.- En cuanto al tercero de los elementos, se analizará el material probatorio, si la demandante y el demandado, mantuvieron relaciones maritales de hecho en forma permanente y singular, con lo cual se irá también respondiendo lo aducido por apelante, pues su inconformidad gira en torno a la carencia de elementos probatorios para dar por

Para esta Sala muy por el contrario, la protección de los derechos de las parejas del mismo sexo no puede quedar a la deriva con respecto a quienes al entrar en vigencia la Ley 54 de 1990 ya sostenían convivencia singular y permanente y aún continúan conviviendo.

demostrada la unión marital y la consiguiente sociedad patrimonial, pues finca su disenso con el fallo de primer grado que la comunidad de vida no fue permanente.

Sobre este último punto hay que observar que tanto la parte demandante como la demandada, son radicales en sus respectivas posiciones, y traen testimonios para respaldar su particular postura. Se evaluará cuidadosamente el capital probatorio, para emitir una decisión con un alto grado de certeza.

6.4. Liminarmente encuentra la Sala que los testimonios traídos por las partes, forman dos grupos opuestos y contradictorios en sus dichos, pues unos rebaten lo dicho por la parte contraria, ocultando algunos de ellos la verdad, lo cual obliga a valorar cada uno por separado y de manera cuidadosa y precisa, para extractar la verdad y reflejarla en la decisión.

La parte demandante allegó las siguientes pruebas:

La documental, conformada por los registros civiles de nacimiento de los menores Julián David y María Alejandra, hijos de los contendientes nacidos el 21 de octubre de 1993 y el 30 de mayo de 2011 respectivamente (fls. 1 y 2 cd.1); copia informal de la licencia de tránsito y propiedad del vehículo camión de placas USB983 donde aparecen como propietarios la demandante y su demandado, expedida el 7 de abril de 2007 (fl.3), certificación expedida por la Oficina de Tránsito del municipio de Chía, donde se hace saber igualmente que los propietarios del mencionado automotor son Héctor Armando y Flor Imelda (fl.4); copia de la escritura pública N°. 0577 del 23 de junio de 2000 de la Notaría Segunda de Chiquinquirá, en la cual aparecen como adquirentes los dos compañeros, con relación la inmueble de la Cra 2 No. 6 60 de Sutamarchán – Boyacá. Obra igualmente; copia del folio de matrícula inmobiliaria 072-61408; copias de las diligencias policivas cumplidas en la Comisaría de Familia de Sutamarchán suscitadas entre las partes; un recibo del servicio de gas a nombre de la actora (fl.116); certificación de afiliación al Sisbén de Héctor Armando, Flor Imelda y sus menores hijos igualmente de Saludcoop EPS de Flor Imelda Domínguez Moreno, donde figuran como beneficiarios Héctor Armando Ávila y sus menores hijos (fl.117-119), copia del contrato de arrendamiento del local comercial entre Flor Imelda y Natividad Moreno (fl.120).

No hay duda que una a una, y en conjunto, éstas pruebas documentales convergen a demostrar la existencia de una férrea comunidad de intereses de carácter afectivo y familiar (existencia de hijos), pero también económicos, porque no solo se comparten hijos comunes, sino igualmente la adquisición de bienes; probanzas que constituyen elementos convincentes para abrir paso a la confirmación de la providencia recurrida. Y la atestación que se edifica en prueba de confesión al fl. 7 vto. del cd. principal, es explícita aceptación de la existencia de la unión marital, tal como obra en la prenombrada Escritura 577:

“Indagados los compradores por parte del notario (...) si tienen (...) unión marital de hecho por más de dos años (...) manifestaron: Que Héctor Armando Ávila Ávila, tiene unión marital de hecho desde hace 8 años con Flor Imelda Domínguez Moreno (...).”

En el marco de la prueba testimonial, se recepcionaron las declaraciones de Hilda Rubiela Menjura Páez (fl.68-72) sin parentesco con las partes, quien refiere que conoció a Flor Imelda hace como 9 años cuando vivía en la casa del suegro, tenía un supermercado en la casa de Jaime, hermano del demandado; después se trasladaron para la casa que ellos dicen construyeron, donde vivieron junto con los hijos. En la calle se pudo dar cuenta que compartían normalmente como pareja como por un espacio de cuatro años, y de puertas para adentro no le consta; dice no constarle si ellos vivieron en la casa de Jaime, solo que ella tenía el supermercado pero no sabe si vivieron o no.

Este testimonio, permite deducir, que en efecto, las partes, tenían trato como casados, porque compartían normalmente como pareja.

La testigo María Rosalba Forero, cuñada del demandado (fl.53-59 cd.1), refiere que Flor Imelda y Héctor Armando, fueron novios desde cuando ella estaba en el colegio, relación de la cual quedó embarazo y tuvo su primer hijo; que en ese entonces cada uno vivía en la casa de sus padres; cuando falleció la mamá de Héctor, Flor Imelda se fue a Sutamarchán a continuar con el negocio que ella tenía, allí duró como tres o cuatro años, pero por desavenencias con el suegro se salió y fue a vivir a su casa durante 3 años larguitos, tiempo este durante el cual quedó nuevamente embarazada y tuvo la niña, pero que vivía sola y Armando en la casa de su padre. Durante el tiempo que allí vivió Armando construyó la casa a donde posteriormente ella se fue a vivir, y Armando hace que vive igualmente allí unos cuatro años como en el 2005 o 2006. Pero que por relato de los hijos, ella dormía con la niña y él con el niño. Sin embargo, refiere que durante el tiempo que vivió en su casa, la pareja de Imelda era Héctor Armando porque era el papá

del hijo que tenían pero que no tiene certeza. En cuanto a sus negocios cada uno los manejaba independientemente. Este testimonio, decididamente se encamina a quebrar la confesión contenida en la escritura, empero, no logra explicar la adquisición de bienes en común, la existencia de hijos, ni siguiera la información que brindan otros deponentes; mucho menos fractura la regla de experiencia y del sentido común según la cual, cuando una pareja convive en un mismo techo y al mismo tiempo tienen hijos, y la pareja cohabita con éstos, participando también en la misma mesa; la pareja vive como familia, así siempre no comparta el mismo lecho por circunstancias especiales: La enfermedad, las sensaciones, los complejos, las circunstancias espacio temporales, hasta el ambiente externo como “el calor” (de que habla la demandante cuando en una oportunidad dormían en camas separadas, fl. 45 del cd. 1), o por las angustias y alteraciones conflictuales que normalmente forman parte del devenir familiar.

Entiéndase que aún cuando la relación sexual es parte de la vida de pareja, no es el elemento esencial, determinante o exclusivo que hace que dos seres humanos convivan como pareja y sean felices, porque del mismo modo equivaldría a señalar que las parejas de la tercera edad ante el decaimiento de las funciones heteroreproductivas o simplemente genitales, o ante la disfunción eréctil o la menopausia, no puedan respirar, soñar, ayudarse, auxiliarse, compartir amor, ser auténtica pareja, cuando viven bajo un mismo techo y participan de la misma mesa. Finalmente, sobre detalles tan particulares como la forma como duermen pareja e hijos, ¿actuó la deponente de periodista vulnerando el derecho a la intimidad familiar protegido por la regla 15 de la Carta; o acaso demostró la existencia de un comportamiento cultural familiar divergente en esa pareja? Su testimonio no merece credibilidad...”

...” afloran suficientes elementos objetivos y subjetivos para dar por demostrada la unión marital, como voluntad responsable de conformar una familia con los presupuestos de ayuda mutua, cohabitación, convivencia, y de forma constante e ininterrumpida, mientras las circunstancias lo permitan.

La jurisprudencia al respecto adocina:

“La comunidad de vida, o comunidad vital o consorcio de vida, es pues un concepto que como acaba de apreciarse está integrado por elementos fácticos objetivos como la convivencia, la ayuda y el socorro mutuos, las relaciones sexuales y la permanencia, y subjetivos otros, como el ánimo mutuo de pertenencia, de unidad y la *affectio maritalis*, que unidos además a la descendencia común y a las obligaciones y deberes que de tal hecho se derivan, concretan jurídicamente la noción de familia. Destaca la Corte cómo derivado del ánimo a que se ha hecho referencia, deben surgir de manera indubitable aspectos tales como la convivencia de ordinario bajo un mismo techo, esto es la cohabitación, el compartir lecho y mesa y asumir en forma permanente y estable ese diario quehacer existencial, que por consiguiente implica no una vinculación transitoria o esporádica, sino un proyecto de vida y hogar comunes que, se insiste, no podría darse sin la cohabitación que posibilita que una pareja comparta todos los aspectos y avatares de esa vida en común”⁶ (subrayas *ex textu*).

Construyeron en común la casa que compartían, adquirieron un rodante bajo el esquema de la copropiedad, y si bien la convivencia no era constante, fue precisamente por el trabajo que cumplía el demandado quien según los mismos testigos y las mismas partes viajaba constantemente, regresando cada ocho o quince días al hogar llevando lo necesario.

Los elementos probatorios de carácter objetivos atrás delineados, se también abundados por la versión de Hilda Rubelia Menjura Páez, quien es enfática en señalar que los compañeros convivieron en su nueva casa como por espacio de tres años más o menos, y así lo confirma el testigo Jairo Antonio González, dándose cuenta que cuando llevaba los materiales allí veía la familia unida, que Héctor Armando era quien pagaba los materiales y que Flor Imelda andaba pendiente de lo que venía sucediendo con la construcción y el manejo de la familia.

Ahora, la prueba documental aportada y relacionada antes, de ninguna manera fue contraprobada, y de ella se desprende que si hubo convivencia permanente entre los contendientes, con permanencia y singularidad. La confesión ante el Notario Segundo de

⁶ CSJ Sala de Casación Civil. Sentencia del 12 de diciembre de 2001. M. P. Jorge Santos Ballesteros. Exp. 6721.

Chiquinquirá al extender la escritura Pública N°. 0577 del 23 de julio de 2000 no fue sofocada por el rigor probatorio; la afiliación de salud al SISBEN, muestra de acuerdo a las reglas de la experiencia, que una persona no afilia a una “amiga” cercana como lo manifiesta el demandado, con respecto a la señora Flor Imelda, su pareja, sino porque realmente le preocupa su salud y la de sus hijos. Y justamente, las reglas sobre la materia son claras en permitir como beneficiarios, únicamente a quienes integran grupo familiar. La oposición a la prueba, simplemente es un instrumento para eludir los deberes y derechos que engendra la vida de pareja. ¿Y qué decir, de la cotitularidad de la pareja en el derecho real de dominio de un inmueble y de un vehículo? No es éste un elemento advenedizo e inoportuno para la pretensión, sino fuente objetiva que engendra credibilidad sobre la existencia de una unión marital de hecho con su correspondiente sociedad patrimonial. Permanencia y singularidad, demostradas aparecen.

Para la Sala evidencian sin duda alguna que entre los contendientes se dio una comunidad de vida permanente durante el tiempo comprendido entre octubre de 1992 y septiembre del 2009, entre Héctor Armando Ávila y Flor Imelda Domínguez, verdadera unión a la cual solo le faltó el vínculo del matrimonio para formalizarla. Héctor Armando, aún cuando en todo el trance procesal pretende negar su existencia, no logró quebrar los elementos probatorios; y agréguese que la procreación de los dos hijos, hace presumir la existencia de la *affectio maritalis*, del mismo modo, acrecentando la convicción para dar por demostrada la unión marital. No se demostró entre los solteros, para el período declarado en primera instancia, simultaneidad en relaciones permanentes con otra pareja. Si la demandante ahora convive con otra persona, esta convivencia ha acontecido con posterioridad al desquiciamiento definitivo de la unión marital demandada. Pero para el período de convivencia, la singularidad se evidencio, tal como lo expresa la doctrina:

“De otro lado, esa unicidad se reafirma porque la unión marital exige que los compañeros permanentes hagan una “comunidad de vida permanente y singular”; la permanencia toca con la duración firme, la constancia, la perseverancia y, sobre todo, la estabilidad de la comunidad de vida, y excluye la que es meramente pasajera o casual; esta nota característica es común en las legislaciones de esta parte del mundo y se concreta aquí para efectos patrimoniales en dos años de convivencia única; e indudablemente atenta contra esa estabilidad y habrá casos en que la descarta el hecho mismo de que un hombre o una mujer pretenda convivir, como compañero permanente, con un número plural de personas, evidentemente todas o algunas de estas relaciones no alcanzan a constituir una unión marital de hecho.

“Y que la comunidad de vida sea singular atañe con que sea solo esa, sin que exista otra de la misma especie, cuestión que impide sostener que la ley colombiana dejó sueltas las amarras para que afloraran en abundancia uniones maritales de hecho, y para provocar conflictos mil para definir los efectos patrimoniales; si así fuera, a cambio de la seguridad jurídica que reclama un hecho social incidente en la constitución de la familia, como núcleo fundamental de la sociedad, se obtendría incertidumbre.

“Bajo esas premisas, preciso es concluir que para que exista unión marital de hecho debe estar precedida de una comunidad de vida que por definición implica compartir la vida misma formando una unidad indisoluble como núcleo familiar, ello además de significar la existencia de lazos afectivos obliga el cohabitar compartiendo techo; y de carácter permanente, lo cual significa que la vida en pareja debe ser constante y continua por lo menos durante dos años, reflejando así la estabilidad que ya la Corte reconoció como aspecto fundamental de la relación, reduciendo a la condición de poco serias las uniones esporádicas o efímeras que no cumplen con tal requisito.

“La explicación de la característica de singular que el citado artículo primero contempla, no es más que la simple aplicación de lo hasta aquí dicho en torno al objetivo de unidad familiar pretendido con la unión marital de hecho, por cuanto la misma naturaleza de familia la hace acreedora de la protección estatal implicando para el efecto una estabilidad definida determinada por una convivencia plena y un respeto profundo entre sus miembros en aplicación de los mismos principios que redundan la vida matrimonial formalmente constituida, pues, como se indicó, se pretendió considerar esta unión como si lo único que faltara para participar de aquella categoría fuera el rito matrimonial que corresponda.

“Además, y no es razón de poca monta, constituye norma de hermenéutica que las palabras de que se sirve el legislador, si no es que éste les da un significado especial y particular, deben entenderse en su sentido natural y obvio, según su uso general.

“La singularidad de algo puede entenderse por su peculiaridad o especialidad, atendiendo que no se parece del todo a otra cosa. Pero también entraña el contrario de plural. El empleo que de ella hizo la ley 54 dice más de la segunda de las anotadas acepciones que de la primera; vale decir, refiere es al número de ligámenes o uniones maritales y no a la condición sui generis de la relación; esto es, la exigencia es que no haya en ninguno de los compañeros permanentes más uniones maritales que la que los ata, la que, en consecuencia, ha de ser exclusiva. Porque si uno de ellos, o los dos, sostiene no sólo esa unión sino otra u otras con terceras personas, se convierte en una circunstancia que impide la configuración del fenómeno”⁷.

Aceptado igualmente que la relación se quebró y que la demandante se separó definitivamente de su compañero a partir de septiembre de 2009 y que la demanda se promovió el 15 de marzo de 2010, la que se le notificó el 8 de septiembre del mismo año, debe igualmente concluirse que su promoción fue oportuna, sin que se hubiese consolidado el término de caducidad, que dicho sea de paso tampoco fue discutido por el demandado. Dadas así las cosas la Sala, concluye la Sala que debe confirmarse la sentencia en todas sus partes, por ajustarse a derecho.

Así las cosas, teniendo en cuenta la fuerza probatoria puesta de presente, se demuestra la existencia de la unión marital de hecho entre los mencionados compañeros, en la forma razonada por el sentenciador de primer grado. En consecuencia, se impone la confirmación del fallo apelado, como así habrá de disponerse por estar en un todo de acuerdo con lo señalado por el a quo en su decisión que ahora se revisa y que merece, por tanto, la confirmación..”

...(...)

Magistrado: LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA

Providencia: Sentencia de Segunda Instancia del 20 de Febrero de 2013

Radicación: 2011-0517/2007-0224

Proceso: ORDINARIO DE SIMULACIÓN/

Demandante: Luz Herminda Sierra Sierra y Otros

Demandado: María Brígida Murcia y Otros

DESCRIPTOR: SIMULACIÓN/ SIMULACIÓN ABSOLUTA/ SMULACIÓN RELATIVA/

RESTRICTOR: DONACIONES ENTRE PARIENTES/ DONACIÓN DISFRAZADA DE COMPRAVENTA

TESIS: *...” La simulación es una ficción de la realidad, de modo que el negocio simulado es el que tiene una apariencia contraria a la realidad, bien porque no existe en absoluto o porque es distinto de como aparece. Los demandantes sostienen que los negocios celebrados entre María de Los Ángeles Murcia de Sierra con su hija María Brígida Murcia y su nieta Rosa Nelly Murcia son simulados porque que la vendedora para la época de la compraventa, sufría de cáncer y debido a su avanzada edad, su consentimiento estaba viciado de nulidad; amén de que las compradoras no contaban con los recursos económicos suficientes, en forma tal, el precio que pagaron para adquirir, cada una el 50 por ciento común y pro indiviso del inmueble en cuestión es irrisorio.*

Indicios de la simulación en el caso concreto

⁷ CSJ. Sala de Casación Civil. Sentencia del 20 de septiembre de 2000. M. P. Silvio Fernando Trejos Bueno. Exp. 6117. Demandado Esteban Juan Bendeck Olivella.

Para verificar si dentro del caso en comento se configuró algún tipo de simulación, la Sala procede a escrutar si se hallan presentes los indicios desarrollados por la jurisprudencia y la doctrina.

Por ello empezaremos por la **causa simulandi**, que aún cuando no es decisivo para resolver el juicio por sí sola, sumado a otros elementos de convicción, si contribuye a despejar el camino de la investigación. En este caso, se revela el interés del ascendiente para sustraer sus bienes en perjuicio de los demás coherederos llamados por ley a recoger la herencia prelativamente, teniendo en cuenta que no todos los herederos fueron beneficiados con los actos jurídicos judicializados en esta causa. En la escritura 0212 del 21 de febrero del 2002 de la Notaría Primera del Círculo de Chiquinquirá, al transferirse el 50% se consignó que en caso de fallecimiento, la compradora, María Brígida Murcia no reclamaría sobre la otra mitad del inmueble, por estar destinado para los otros tres hijos, renunciando por anticipado a los derechos herenciales, expresamente, y que le pudieran corresponder en ese otro cincuenta por ciento. Esta venta pone de presente la inexistencia de precio, la causa simulandi, y constituye una confesión expresa de que se trata justamente de una donación como entrega anticipada de la herencia de parte de la vendedora hacia la adquirente. Del mismo modo esa aserción presente en aquél instrumento se convierte en inferencia con respecto a la segunda escritura, efectuada posteriormente a favor de la nieta de la tradente, de que los actos dispositivos efectuados por María de los Ángeles Murcia de Sierra, no envolvían ningún acto oneroso, sino enteramente gratuito.

Necessitas: También se configura, porque no está demostrado que la vendedora tuviese dificultades económicas, ni consta, al menos la existencia de pasivos o de deudas al momento de suscribir el contrato, que compeliere a la tradente a despojarse del dominio de sus bienes. Téngase en cuenta, el bien enajenado, era el único bien que existía y tenía, y en el residía la disponente junto con las adquirentes, y en consecuencia, no tenía necesidad de enajenarlo. La vendedora era ayudada por su hija María Brígida y su hijo Luis Ángel Sierra, además, contaba con una cuenta de ahorros que le había dejado su fallecido esposo, de la cual nada se habló ni contraprobó, para saber el destino que tuvo dicho dinero, o al menos de lo que se podría deducir, y hubiese podido ser gastado para los cuidados requeridos por la enferma vendedora. Amén de lo anterior, las mismas demandadas adquirentes confiesan que la madre vendedora recibía una renta de \$160.000 pesos por arriendo de un local, insuficiente para sus gastos, eso sí, pero suficiente para inferir que la tradente, si contaba con ingresos, aunque precarios, que le permitían subsistir mínimamente junto con las ayudas que las demandadas le otorgaban y otros parientes, poniendo al descubierto, entonces, que no necesitaba despojarse del dominio del bien. Con todo, hay otro elemento en la escritura 1200 del 11 de agosto del 2003, que pone de presente, tanto la causa simulandi, como la falta de necesidad de la venta, así como la inexistencia del precio: Se trata de la cláusula que se inserta en el punto séptimo de esta escritura al fl. 38 del cd. 1, por medio la cual la vendedora, pone al descubierto el verdadero propósito simulatorio. En efecto, la tradente, como si la cláusula compromisoria que se dejó plasmada en la escritura del año 2002 por medio de la cual transfirió el primer cincuenta por ciento a María Brígida, revistiera los ribetes de disposición testamentaria de herencia a favor de los herederos excluidos de la negociación, asienta: "(...) por medio del presente público instrumento, es su voluntad libre y espontánea **“REVOCAR EN TODAS Y CADA UNA DE SUS PARTES, SIN VALOR JURÍDICO NI EFECTO LEGAL ALGUNO, LA CLÁUSULA ADICIONAL (COMPROMISORIA)”**. Vista así la cuestión, no hay duda, que el propósito confesado de despatrimonializarse, por parte de María de los Ángeles Murcia de Sierra, estribaba en el interés de donar su único patrimonio a favor de su hija y nieta, excluyendo de toda participación en ese único bien a los demás herederos, motivo por el cual, procedió a dejar, sin efecto, la mentada cláusula adicional, como si aquélla la obligara imperativamente en el futuro a dejar su otro cincuenta por ciento, de su inmueble, para aquéllos herederos presuntamente revocados ahora.

Afectio: No hay duda, María de los Ángeles prefirió por razones familiares, con aprecio y afecto a sus, hija y nieta, María Brígida Murcia y Rosa Nelly Murcia, respectivamente, quienes la acompañaban; realizando, entonces, el contrato en agradecimiento de los solícitos cuidados brindados, y de la colaboración ofrecida, tanto con los gastos antes y durante su enfermedad de cáncer. Ello lo confiesa al contestar la demanda, el señor, Luis Sierra Murcia al fl. 78, cuando expresa que su hermana Brígida Murcia, tienen todo el derecho de propiedad "(...) porque fue ella quien acompañó a su madre en los años de su vida profesándole amor y cuidado" (fl. 78 cd. 1).

Subfortuna: Una de las adquirentes, María Brígida carecía de medios económicos, y si bien apoyó a la tradente, no demuestra que tuviese la suma íntegra para el momento de la adquisición, pues quien le ayudaba económicamente era su hija; mientras que, por parte de la señora Rosa Nelly se demuestra un préstamo bancario certificado por Megabanco, pero no está probado que el destino de ese dinero haya sido para cancelar el valor de la compra a la tradente, amén de que tampoco se comprobó de que tales dineros hubiesen ingresado a las arcas de la vendedora, ni que la compradora contase con suficientes ingresos para pagar prontamente el crédito, máxime, si como se afirma en el interrogatorio de parte, que le hacía saber a María de los Ángeles que de ese dinero supuestamente se estaba pagando el dinero adeudado.

Pretium vilis: La desproporción del valor real del inmueble con el precio pactado, es muestra fehaciente del propósito simulatorio, y resultó tan evidente que el mismo juez de primer grado halló demostrada la lesión enorme ante la notoria falta de equivalencia, desestimándola por estar prescrita; pero el fenómeno prescriptivo, recuérdese se consumó con relación a la lesión enorme, pero de ninguna manera con relación a la simulación. Tornase esta circunstancia en inferencia que vuelve fructífera la simulación.

Pretium confesus: No se encontró prueba conducente que verificara el pago efectivo del dinero al momento de la negociación, ni posteriormente, resultando el precio declarado en el instrumento, meramente aparente; el cual, más bien es explicado por las demandadas adquirentes como compensado, con las cosas que para sustento y cuidado daban a la madre vendedora, así como por los gastos que para ésta efectuaban. Justamente, María Brígida, informa que al momento de la venta le dio dos millones de pesos, y el resto lo fue erogando con los gastos que debía realizar para la vendedora y madre.

Retentio possessionis: Cuando una negociación es verdadera, por regla general, salvo en ventas a plazo, como la compraventa apareja la obligación de dar, se necesitaba que por parte de las adquirentes María Brígida y Rosa Nelly tomaran la posesión, pero como la señora María de los Ángeles siguió viviendo y usufructuando la cosa vendida, viene pueril la excusa, consistente en que ello obedecía al cuidado que le tributaban a la vendedora, las adquirentes.

Tempus: El negocio se celebró cuando la vendedora se encontraba enferma de cáncer, padecimiento terminal, barrutándose que la vendedora conocía de la inminencia de su muerte, así como las adquirentes, convirtiéndose la época en la oportunidad propicia para celebrar los contratos, antes de que la muerte sobrecogiese a la enferma vendedora.

Silentio y sigilo: El silencio y el sigilo con que se celebró la negociación es otro de los indicios que contribuye a edificar la simulación, prueba de ellos, surge porque el negocio salió a la luz entre los conocidos, únicamente cuando falleció la señora María de los Ángeles, y se pretendió hacer el reparto de sus bienes. Resulta extraño nos les hubieran hecho saber a los coherederos de la venta del bien. La misma adquirente, María Brígida confiesa, que sus hermanos no supieron de la venta, y se la hicieron saber, luego de la muerte de su mamá, la vendedora.

De modo que se acredita un conjunto de indicios, que documentan la existencia de un negocio fingido. Los testimonios de Ángel María Cañón, Dora M. Caro Forero, Gonzalo Rodríguez Forero, Eutiquio Murcia, Manuel Ignacio Vargas Cañón y Adelina Orjuela L., no son demostrativos de la simulación en forma directa, pero sí permiten establecer la forma como María de los Ángeles obtenía ingresos y se sostenía, tanto en vida en su cónyuge, como con posterioridad al deceso; empero, de todos ellos puede inferirse que no tenía necesidad de vender su único bien. Ciertamente, no era persona pudiente, porque se encontraba afiliada al régimen subsidiado de la salud, pero ello, no significaba, que a su alcance no estuviese el mínimo vital, máxime que era propietaria de la casa donde residía, y su enfermedad era sobrellevada por vía del régimen subsidiado de la salud.

La providencia del sentenciador de primer grado es contradictoria, porque niega la existencia de la simulación pero en gran parte de sus razonamientos atisba la existencia de la misma en su modalidad relativa (fl. 183 del cd. 1); y en verdad, de la prueba recaudada emerge la demostración de una simulación; y siendo de ese modo, se impone, entonces, escrutar, cuál es el tipo que se aplica, si la absoluta o la relativa, según se expuso en la introductoria de esta considerativa, esto es, si el negocio es totalmente fingido, o si la voluntad manifiesta esconde otro negocio diverso. Del material probatorio allegado se deduce que los contratantes no estaban exclusivamente fingiendo ante terceros, creando una mera apariencia jurídica negocial sin positiva intención de celebrar verdadera y real relación contractual, como mera fachada, para engañar a los terceros ejecutando únicamente exteriormente un acto cuyo resultado no desean; quedando sin

contenido, brillando exclusivamente el negocio fingido. No, tras la compraventa, las partes en realidad celebraron un contrato de donación de la tradente a favor de sus parientes; concurriendo en el caso una simulación relativa: lo pone de presente la cláusula adicional compromisoria vertida en la escritura 0212 del 21 de febrero del 2002, por medio de la cual María Brígida Murcia no reclamará ni participará en la herencia y renuncia a ella con respecto al otro cincuenta del bien inmueble, objeto de la negociación, por corresponder a la herencia de sus consanguíneos, (fl. 35 del cd. 1); así mismo, de la confesión de las demandadas, María Brígida y Rosa Nelly Murcia, quienes aceptan expresamente a lo largo del interrogatorio de parte, que la venta obedecía al cuidado y cosas que le daban, junto con su hija, a la tradente, madre y abuela, gravemente enferma. Ello resulta incontestable y forjado acerbamente con los testimonios de Ángel María Cañón, Luis Ángel Murcia, Manuel Ignacio Vargas y Adelina Orjuela López en punto de los cuidados otorgados por las adquirentes a la quebrantada tradente. Para la sala, sin duda la tradente pretendió por vía de los actos simulados agradecer, justa y equitativamente la atención y los cuidados brindados en su penosa y dolorosa enfermedad que marco sus últimos años de existencia.

Donación entre parientes

Es usual que en cuando ocurre una simulación relativa, una donación sea disfrazada de compraventa; en el sub júdice se observa claramente que el designio de los contratantes era celebrar una donación y no una compraventa como lo quieren hacer ver las contratantes. Como se analizó antes, el presunto precio pagado por las compradoras María Brígida Murcia y Rosa Nelly Murcia por las correspondientes cuotas partes del inmueble localizado en la carrera 10 No. 07 – 16 de Chiquinquirá conforme a las escrituras de compraventa No. 0212 en la que María Brígida Murcia pagó la suma de cinco millones trescientos mil pesos (\$5.300.000.00), así como la No. 1200 por medio de cual, Rosa Nelly Murcia paga la suma de cinco millones cuatrocientos mil pesos (\$5.400.000.00) por la cuota restante del inmueble no fue demostrado. Súmase el parentesco, los lazos de consanguinidad y el acercamiento entre las partes, así como toda la situación de facto analizada y entretejida con la serie de indicios expuestos, que permite inferir que el querer de las contratantes era el de celebrar una donación como retribución por los cuidados y solícitos servicios prestados a la enferma anciana y madre con más de 86 años de edad, y no una compraventa como lo quisieron aparentar ante el público; por tal razón la pretensión subsidiaria de simulación relativa se abre paso; deséchese entonces, la declaración de simulación absoluta.

Procedente entonces es, analizar los requisitos de la donación con el fin de verificar la validez de las donaciones ocultas en los contratos de compraventa. El art. 1443 de la codificación civil señala: “La donación entre vivos es un acto por el cual una persona transfiere, gratuita e irrevocablemente, una parte de sus bienes a otra persona que lo acepta”.

La donación entonces es un contrato gratuito, unilateral, es título apto para por la tradición transmitir el dominio; debe reunir los requisitos generales de existencia y validez de los negocios jurídicos, es consensual; empero exige solemnidad cuando supera 50 salarios mínimos, consistente en la insinuación, y en este evento, también cuando se trata inmuebles, demanda escritura pública; excepcionalmente puede exigir licencia judicial especial; además, debe contar con la aceptación del donatario.

El artículo 1458, modificado por el Decreto 1712 de 1989 justamente prescribe que las donaciones que excedan en más de 50 salarios mínimos mensuales legales vigentes deben ser autorizadas por el juez o notario a las partes para su celebración, so pena de nulidad; por supuesto, si no alcanzan ese valor no requieren de la aludida insinuación.

Para el caso concreto, atendiendo las aclaraciones al dictamen pericial (fls. 56-60 cd. 2) realizado en primera instancia se tiene que el valor real del inmueble para la época de la celebración del contrato de compraventa mediante escritura pública No. 0212 del 21 de febrero de 2002 era de veintisiete millones quinientos mil pesos (\$27.500.000), es decir, el cincuenta por ciento del valor que adquirió la señora, María Brígida Murcia valía realmente trece millones setecientos cincuenta mil pesos (\$13.750.000). Ahora bien, para determinar si era necesario en el caso en comento, realizar la insinuación, adviértase que para el 2002 el salario mínimo ascendía a la suma de \$309.000, por ende cincuenta salarios mínimos para esa data equivalían a quince millones cuatrocientos cincuenta mil pesos (\$15.450.000); de modo las circunstancias fácticas objeto de juzgamiento no era necesario realizar la insinuación de que trata el artículo 1458 del Código Civil atendiendo que el

precio consignado en la escritura publica era de \$5.300.000 pesos, y el valor determinado por la pericia para ese derecho fue de \$13.750.000 pesos.

Ahora bien, haciendo el mismo ejercicio con el valor del salario mínimo correspondiente al 2003; se tiene en cuenta que para ese año, el inmueble valía treinta millones seiscientos setenta y cuatro mil ochocientos cuarenta pesos (\$30.674.840); por tanto, el cincuenta por ciento restante equivalía a quince millones trescientos treinta y siete mil cuatrocientos veintiún pesos (\$15.337.421). Si el salario mínimo en el año 2003 estaba en trescientos treinta y dos mil pesos (\$332.000), los cincuenta salarios equivalían dieciséis millones seiscientos mil pesos (\$16.600.000), de manera que para el negocio así celebrado, el 11 de agosto de 2003 mediante escritura publica No. 1200, tampoco se requería la insinuación exigida por el artículo 1458 del C.C., teniendo en cuenta que el contrato se celebró por \$5.400.000 pesos y la prueba pericial lo cuantifico en \$15.537.421 pesos para la respectiva época.

Colígease, entonces, las donaciones efectuadas entre las demandadas no son nulas, al cumplir con los requisitos de todo contrato, esto es consentimiento, capacidad, cosa y objeto lícitos; así como al haberse efectuado dentro del marco del art. 1458 del C.C., además de constar por escritura pública, solemnidad establecida por el artículo 1457 C.C. para los inmuebles.

Todo lo anterior se aviene con el precedente del 16 de diciembre del 2003, que con ponencia del Dr. Manuel Ardila V., fijó la CSJ.:

"1.- El Decreto 1712 de 1989, que modificó el precepto 1458 del código civil, estatuye en su primer inciso, en lo pertinente, que "corresponde al Notario autorizar mediante escritura pública, las donaciones cuyo valor exceda la suma de cincuenta (50) salarios mínimos mensuales (...)".

"Y aferrado a la letra del precedente inciso, estima el censor que la donación no insinuada que sobrepase el aludido tope es absolutamente nula en su totalidad y no, como se decretó, nula tan sólo en cuanto exceda de ese límite, aduciendo que, a diferencia del precepto 1458, la norma vigente no estatuye la validez parcial del contrato en eventos semejantes, de manera que han de aplicarse los artículos 1740 y 1741 de esa codificación que consagran la nulidad de todo el acto o contrato.

"Pero tal parece que en su labor hermenéutica no paró mientes el impugnante en el inciso 2º del referido Decreto, conforme al cual "las donaciones cuyo valor sea igual o inferior a cincuenta (50) salarios mínimos mensuales, no requieren insinuación". Y atendidos los términos de este segundo inciso, forzoso es concluir que la nulidad por carencia de autorización sólo operará en tanto la donación exceda de esa suma, ya que lo demás sería exigir insinuación también para la cantidad menor, contrariando, ahí sí, la expresa disposición legal.

"Y, contra lo opinado por el censor, la interpretación en comento en ninguna forma se opone a lo dispuesto por el artículo 1740 del código civil, según el cual "es nulo todo acto o contrato al que falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato según su especie y la calidad o estado de las partes"; pues la insinuación y la nulidad que su carencia acarrea están referidas nada más que a la cuantía de la donación, por lo que nada se opone que el contrato sea válido hasta la mencionada suma en la medida en que la ley no prescribe para ello la aludida autorización.

"Es que, bien mirado el asunto, en lo fundamental la modificación al artículo 1458 no consistió más que en aumentar, por razones obvias, de dos mil pesos a cincuenta salarios mínimos el valor a partir del cual la donación ha de ser insinuada y de otro lado, en facultar al notario para otorgar la correspondiente autorización en los eventos "en que donante y donatario sean plenamente capaces, lo soliciten de común acuerdo y no se contravenga ninguna disposición legal".

"Por lo demás, vistas las cosas desde la perspectiva que viene de analizarse, no podría concluirse más que la finalidad de la insinuación, que obedece a "intereses de orden superior", no es en el fondo otra que la de proteger al donante, quien en tal virtud, antes como ahora deberá demostrar para obtener esa autorización que conserva lo necesario para su congrua subsistencia (artículo 3º decreto 1712 de 1989), lo cual explica que el comentado requisito sea en lo esencial meramente cuantitativo. Al fin y al cabo, hay que decirlo, donar no es de ninguna manera un acto ilícito; jamás lo ha sido y muy seguramente jamás lo será; y al punto resulta ser así que la ley nunca ha mirado con

malos ojos, desconfiadamente, a quien es magnánimo, bienhechor con sus congéneres. Antes bien, aceptando la filantropía y el altruismo de algunos, adopta medidas, como de hecho lo es la insinuación, para precaver que esa generosidad no llegue a extremos tales que pueda comprometer su propia subsistencia o la de los suyos”⁸.

Conclusiones y respuesta al problema jurídico

En suma, del material probatorio aportado al proceso se colige la prosperidad de la pretensión subsidiaria de simulación relativa, por encontrarse que la intención de María de Los Ángeles Sierra de Murcia; su hija, María Brígida Murcia y su nieta Rosa Nelly Murcia, era la de celebrar una donación, mas no un contrato de compraventa. No obstante, como las donaciones allí celebradas no aparecen afectadas de nulidad absoluta ni relativa, no se declarará la nulidad de las respectivas donaciones...”

(...).

Magistrado: LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA

Providencia: Sentencia de segunda instancia/ 24 de Enero de 2013

Radicación: 2010-0103/2012-0056

Proceso: ABREVIADO POSESORIO

Demandante: Amanda Marie McGovern

Demandado: Mario Alejandro Abril

DESCRIPTOR: ABREVIADO POSESORIO /ACCIÓN POSESORIA/CADUCIDAD DE LA ACCIÓN

RESTRICTOR: PLAZOS DE PRESCRIPCIÓN/ ACCIONES POLICIVAS NO INTERRUMPEN TÉRMINOS/

TESIS:...” Las acciones posesorias. Según el Art. 972 del C.C “Las acciones posesorias tienen por objeto conservar o recuperar la posesión de bienes raíces, o de derechos reales constituidos en ellos”

Son acciones de carácter civil entabladas ante la jurisdicción ordinaria por un poseedor de bienes raíces o de derechos reales constituidos sobre ellos, con el fin de evitar perturbaciones o despojos a la posesión material.

Características de las acciones posesorias

Son acciones inmuebles: protegen la posesión sobre bienes raíces o de derechos constituidos sobre ellos. La razón del legislador para no proteger con estas acciones los bienes muebles radica en que el poseedor de cosas muebles es considerado un verdadero propietario.

Son acciones que protegen un derecho probable de propiedad y se orientan a recuperar o mantener la posesión.

En el ejercicio de las acciones posesorias solo se discute y se prueba la posesión material, y no se toma en cuenta el dominio. Pueden exhibirse títulos de dominio para acreditar una posesión material, pero como simples pruebas sumarias.

No pueden aplicarse tales acciones respecto de bienes o derechos imprescriptibles, como los de uso público, los fiscales y las servidumbres discontinuas e inaparentes.

Su ejercicio impide que los particulares hagan justicia por sus propios medios.

Si el sujeto, despojado de la posesión, no sale adelante en el proceso posesorio, puede adelantar la acción reivindicatoria si acredita la propiedad o la posesión regular.

⁸COLOMBIA, CSJ. Civil. Sent. del 16 de diciembre del 2003, Mg. Pon. Dr. Manuel Ardila Velásquez, expediente 7593.

Las acciones posesorias son, para algunos autores, de naturaleza personal. Para otros son simplemente acciones derivadas del hecho de la posesión, que no merecen el calificativo ni de reales ni de personales.

La posesión que se prueba es la material, por hechos positivos de aquellos a que solo da derecho el dominio, ejecutados sin el consentimiento del que disputa la posesión.

Elementos axiológicos de la acción posesoria

Para la procedencia de las acciones posesorias se encuentran algunos presupuestos que se consideran de la esencia de las mismas, pues sin su presencia no es dable entrar a dilucidar de fondo la existencia o no de la perturbación o del despojo o desapoderamiento de la cosa, y su legitimidad o ilegitimidad, de conformidad con la persona en cabeza de la cual se encuentre la posesión del bien.

Estos presupuestos básicamente son, los siguientes:

Solo pueden instaurarse por el poseedor que ha estado en posesión tranquila y no interrumpida un año completo del bien. Art. 974 C.C. Si no lleva el año completo, puede agregar las posesiones anteriores siempre que reúna los requisitos exigidos por el Art. 778 Inc. 2º C.C. sumando las posesiones y demostrando sus elementos.

Este plazo tiene su razón de ser, pues un año es tiempo suficiente para diferenciar una posesión de una simple o mera tenencia.

Que el bien raíz o el derecho real constituido en él pueda ganarse por prescripción.

Que la acción se instaure dentro del término del año contado a partir del momento cuando se perturbó o despojó la posesión. Empero, debe diferenciarse en el punto: Las acciones posesorias que tienen por objeto conservar la posesión caducan⁹ al cabo de un año completo, contado desde el acto de molestia o embarazo. Art. 976 Inc. 1º C.C.

Si buscan recuperar la posesión, el plazo de caducidad es un año contado desde que el poseedor anterior la ha perdido. Art. 976 Inc. 2º C.C.

Si la nueva posesión ha sido violenta o clandestina, se contará tal año desde que haya cesado la clandestinidad. Art. 976, Inc. 3º C.C.

De esta manera se encuentra que, en el proceso posesorio el demandante debe probar la posesión tranquila e ininterrumpida por el lapso de un año antes del despojo. En el caso que se pretenda conservar o amparar la posesión el demandante debe igualmente probar que no haya transcurrido un año desde la perturbación o molestia. Asimismo, en el evento en que se pretenda recuperar la posesión el demandante debe probar que el demandado lo privó de la posesión desde hace menos de un año.

Clases de acciones posesorias. Los interdictos posesorios¹⁰

Como se deduce de los presupuestos de la acción enunciados anteriormente existen dos clases de interdictos posesorios, los encaminados a la conservación o amparo de la posesión, y los que pretenden la recuperación de la posesión cuando hay despojo o desapoderamiento de la posesión.

Interdictos de conservación o amparo

El poseedor tiene derecho para pedir que no se le turbe o embarace su posesión o se le despoje de ella, que se le indemnice el perjuicio que ha recibido y que se le dé seguridad contra él que fundadamente teme. El origen legal de esta acción, denominada por la doctrina “de mantenimiento”, tiene su base en la expresión “no se le perturbe o embarace su posesión”, utilizada por el artículo 977 del C.C.

⁹ Por supuesto, que también puede tenerse como un término de prescripción, no obstante, se trata propiamente de un término de caducidad, como bien lo argumenta el fallo de primer grado.

¹⁰ No se hace mención a las acciones posesorias especiales y que otras legislaciones llaman amparos del derecho de vecindad, como son, la denuncia de obra nueva de los arts. 986 y 987 del C.C.; denuncia de obra vieja que amenaza ruina del art. 988 del C.C.; denuncia de árboles mal arraigados del art. 992; las previstas en los arts. 993, 994, 998 y 999 ni a la posesoria por despojo violento del art. 984 del C.C. ni a la acción de lanzamiento por ocupación de hecho.

La molestia es una contrariedad o usurpación dirigida voluntariamente contra el poseedor, que sin arrebatarse la posesión la estorba, obstaculiza o dificulta.

La perturbación permisible, vale decir, aquella que se realiza dentro de los márgenes de la tolerancia social, no da origen a esta acción. Solo la derivada de perturbaciones irregulares o anormales que causan incomodidad o molestias e impiden el normal funcionamiento del ser humano en el entorno social, fundamenta el ejercicio de la acción.

Interdictos de recuperación, despojo o destitución

El despojo consiste en la privación de la posesión de la cosa en forma injusta. Preceptúa el artículo 982 del C.C. El que injustamente ha sido privado de la posesión, tendrá derecho para pedir que se le restituya con indemnización de perjuicios.

Se puede afirmar que la perturbación o embarazo de la posesión es temporal; en cambio el despojo es permanente. De allí que si el poseedor es arrebatado de su posesión y la recupera inmediatamente sin obstáculo alguno, el acto debe calificarse como de mera perturbación. Forma de privar de la posesión injustificadamente sería la violencia.

Hay despojo: a) cuando uno priva a otro de la posesión de una cosa o de la tenencia de la misma, valiéndose de la fuerza; b) cuando en ausencia del poseedor o del tenedor, otro se apodera de la cosa y volviendo dicho poseedor o tenedor son repelidos por la fuerza. c) cuando la autoridad pública, fuera de los casos determinados por la ley, priva a cualquiera de la posesión o de la tenencia de la cosa sin previo juicio. Si hay juicio previo, como en una diligencia de lanzamiento, la autoridad obra en ejercicio de sus atribuciones y, por tanto, no cabe acción posesoria.

La indemnización de perjuicios, en caso de lograrse la restitución por el poseedor, debe exigirse del usurpador directamente o del tercero que hubiere derivado de él la posesión, siempre que estuviere de mala fe. Si el tercero obró de buena fe, está obligado a restituir más no a indemnizar.

Liquidación de los perjuicios en las acciones posesorias

De acuerdo con el artículo 307 del C.P.C., modificado por el artículo 137 del decreto 2282 de 1989, la condena al pago de frutos, intereses, mejoras u otra cosa semejante, a favor del poseedor perturbado, se hará en la sentencia por cantidad y valor determinados. Cuando el juez considere que no existe prueba suficiente para la condena en concreto, decretará de oficio por una sola vez las pruebas pertinentes para tal fin. Ahora, si el negocio fuere al superior, este tiene la obligación de producir la condena en concreto omitida total o parcialmente por el inferior o de extenderla en concreto hasta la fecha de la sentencia de segunda instancia.

Si no se hiciere la condena en concreto en la sentencia, conforme lo estipula el art. 308 del C.P.C., modificado por el Art. 1º, número 138, del Decreto 2282 de 1989, la parte favorecida puede solicitar dentro del término de su ejecutoria que se produzca una sentencia complementaria destinada de todas formas a concretar los perjuicios. Si no se dicta la sentencia definitiva y los bienes se entregan posteriormente durante dicho lapso, la ley permite que mediante incidente se valoren los frutos o perjuicios reconocidos en la sentencia, incidente que debe proponerse dentro de los sesenta días siguientes a la entrega; y si el incidente no se presenta dentro de ese lapso, caduca el derecho y el juez rechazará de plano la liquidación que se le presente.

Se tiene entonces que la ley exige para la procedencia de la condena al pago de perjuicios por la parte condenada con la acción, la existencia de prueba concreta que permita su tasación, o producto de la cual se haga evidente que fruto de la perturbación o molestia, se ocasionaron perjuicios que pueden consistir en la desmejora del estado del bien, en que se dejaron de percibir ingresos fruto de su explotación, o que fueron recibidos por el sujeto usurpador. Así, la condena en perjuicios se circunscribe a lo solicitado por el demandante, pero concreta y únicamente puede recaer sobre lo específicamente probado en el curso del proceso. Al juez en relación con la tasación de los perjuicios, le corresponde valorar las pruebas que pueden ser demostrativas de los perjuicios ocasionados con la perturbación o despojo de la posesión, y con fundamento en ellas proceder a lo pertinente. No obstante, cuando no se encuentra elemento alguno, es decir, prueba que revele la causación de perjuicios el juzgador deberá decretarlas de oficio por una sola vez, con el fin de cumplir su obligación legal de efectuar tal condena.

La calidad de usurpador

Debe considerarse que tiene la calidad de usurpador el sujeto o sujetos que privan injustamente de la posesión a quien legal, materialmente o de hecho la detenta. Entonces, el usurpador es por esencia aquel que no detenta la calidad de poseedor, ni la de tenedor, es el sujeto que sin motivo interfiere en el derecho de otro.

Por esta vía se encuentra que el usurpador para ser considerado tal, debe pretender apropiarse del derecho ajeno ejerciendo actos claramente ilegítimos, dentro de los cuales encuadra el fenómeno de la violencia o de la clandestinidad.

Por la violencia se coacciona injustamente a una persona para que se desprenda de la posesión o tenencia de un bien. Arrebatarse un bien a una persona es una fuerza actual, o inminente suficiente para intimidar al poseedor o tenedor (Art. 772, inc. 2°).

Existe también violencia cuando alguien se apodera de la cosa en ausencia de su dueño, y al regresar este, lo repele (Art. 773 C.C.). En este caso la violencia no se ha presentado en el momento de la ocupación sino cuando el dueño aparece. Presume la ley que el propietario tiene el ánimo aunque el corpus lo tenga el causante de la violencia.

La posesión debe ser pública, no en el sentido de que el poseedor tenga que difundirla o hacerla notoria ante los demás o, en otros términos, que sea un pregonero de la posesión, sino que sus actos comunes de posesión se efectúen según la naturaleza del bien, sin ocultarlos a quien tiene derecho a oponerse a ellos. En consecuencia, es clandestina, cuando los actos de posesión o perturbatorios de esta se ocultan a quien tiene la alternativa de oponerse a ellos. (Art. 774 Inc. 3 C.C.)...”

(...).

Magistrada: MARÍA JULIA FIGUEREDO VIVAS

Providencia: Sentencia de segunda instancia/ 28 de Noviembre de 2012

Radicación: 2008-0266/2012-0093

Proceso: ORDINARIO DE RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL

Demandante: BLANCA AURORA MARTINEZ EN REPRESENTACION DE ANDRES FELIPE GUEVARA

Demandado: JOSE ANTONIO NEIZA y OTROS

DESCRIPTOR: ORDINARIO DE RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL /INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS/ PRESCRIPCIÓN/

RESTRICTOR: COMPAÑÍA DE SEGUROS/ COBERTURA/

TESIS: ...” Lo primero que debe señalar la Sala es que el escenario del proceso está dado para el reconocimiento de los derechos, para el restablecimiento de derechos en su justa medida. Precisamente, cuando se habla de equidad, racionalidad y objetividad en la labor de administrar justicia, lo que se recuerda es tanto a las partes como a los sujetos intervinientes al igual que la judicatura que en ningún caso, puede constituir una reclamación judicial un enriquecimiento sin causa, a través del proceso, no habrá de procurarse una reivindicación y declaración de derechos, más allá de lo que en equidad y para lo cual habrá de interpretarse las normas conforme al artículo 32 del C.C. supone. Precisamente por ello, es que en el Art. 211 de la Ley 1395 de 2010 y en el artículo 206 de la ley 1564 de 2012, es decir, el Código General del proceso se impuso como deber, para responsabilizar y racionalizar en el planteamiento de la pretensión el juramento estimatorio. Se busca que tanto las partes como sus apoderados sitúen la cuantía de la pretensión en el valor real de la misma, carente de especulación o carente del sentido y criterio de seriedad frente a la realidad de los hechos o frente a las condiciones de vida de quienes interactúan en el proceso. Una pretensión indemnizatoria transmitida por el apoderado a las víctimas o a los que se consideran afectados con el daño, genera, en los reclamantes una expectativa infundada que en muchos de los casos obstaculiza e impide una salida transaccional o conciliada. Los daños y la indemnización del daño sí ha de darse en forma integral. Así se desprende, del artículo 1613 del C.C. al establecer cómo se integra la pretensión indemnizatoria y luego desarrollar en los artículos siguientes qué comprende cada uno de los conceptos esto es, los daños materiales, se entiende por ellos daño emergente y lucro cesante de que trata el artículo 1614; así como los daños morales y hoy en día el reconocimiento al perjuicio a la vida de relación. La misma norma, establece en el artículo 1615 del C.C. desde cuándo se deben los perjuicios, cuáles son las clases de perjuicios y seguidamente en el artículo 1617 del C.C. da parámetros respecto de la forma en como deben regularse los perjuicios.

Bajo tal entendido, el perjuicio que da derecho a indemnizar es el que reúne tres condiciones: en primer lugar que sea cierto, lo cual indica que debe ser real y efectivo, no hipotético ni especulativo ni meramente probable; en segundo lugar que debe ser directo, es decir, que el daño realmente se le genere al reclamante y que sea una verdadera consecuencia de la inejecución o falta de pago o de la causa distinta que se alega como fuente del daño; en tercer lugar, debe ser previsto; lo que quiere decir, que corresponda al hecho o acto generador del daño que se imputa al demandante. Bajo tal entendido lo que se busca es la seriedad y objetividad desde el planteamiento mismo de la pretensión en cuanto a la cuantía y la configuración del daño, sin que el proceso se preste a especulaciones, a anhelos de ventajas económicas o a proyecciones que en realidad no corresponderían al perjuicio real, cierto y directo. Como en la práctica se había tornado la costumbre de pedir cualquier cifra o de plantear cualquier cifra a título de cuantía para luego ver qué se logra en el proceso; con las normas que determinan la necesidad de establecer a través de juramento estimatorio la cuantía de la pretensión; lo que se busca es que antes de plantearse la demanda; incluso antes de plantear solicitud de conciliación extrajudicial con miras a cumplir el requisito de procedibilidad; tanto a la parte como su apoderado verifiquen cuál sería la indemnización justa y apropiada. De esta forma, se promueve e inicia un proceso con una pretensión clara, fundada, y que además permita que entre las mismas partes sea más probable una solución o salida conciliada. Es la mejor forma de colaborar, con la armonización de conflictos y el restablecimiento de derechos.

...”Desde luego, que las aseguradoras y quien de alguna manera con su acción u omisión y salvo que medie eximente de responsabilidad, de los que trata el art. 64 del C.C.; tanto el responsable del daño como la aseguradora que cubre su patrimonio, una vez se tiene conocimiento del perjuicio, sean quienes procuren sin esperar controversia judicial y sin someter a la víctima del daño a engorrosas oposiciones y excepciones le planteen el reconocimiento del daño. La razón de ser de la asegurabilidad y por ende de las compañías de seguros, no es negar, el objetivo mismo del contrato, que es la cobertura o amparo patrimonial; pues al objetar una reclamación sería, al dilatar la indemnización lo que está haciendo la compañía de seguros frente al beneficiario del seguro es desconocer las obligaciones que como compañía de seguros tiene por así derivarse del contrato de seguro, frente al tomador y frente al beneficiario. La sostenibilidad del sector asegurador, no puede depender de la negación a la indemnización, ni de la objeción al amparo del siniestro, mucho menos a la traba judicial. El amparo que se hace al tomar el seguro, busca precisamente, cubrir y tener una garantía adicional para en caso de un eventual perjuicio poder tener la capacidad de atenderlo.

Se entiende desde luego, que frente a un accidente estos son hechos no queridos por ninguna de las partes, no previstos, no buscados, son hechos, que se dan en forma súbita, en forma intempestiva; que en mucho de los casos acaecen por circunstancias del destino, porque para infortunio de la víctimas e incluso para infortunio para la misma persona que se ve comprometido en el accidente tiene que asumir y por lo que se ve obligada a responder en forma indemnizatoria. Se parte del supuesto de lo que un accidente es y valga la tautología, no es otra cosa que eso: “un accidente”. Es decir, que incluso para tener disposición indemnizatoria hay que tener plena conciencia de que las consecuencias de los hechos no fueron ni queridas, ni buscadas. Con todo, de acuerdo al artículo 2356 del C.C., hay unas actividades que se consideran peligrosas, no porque estén prohibidas sino porque hay un mayor riesgo, representa un mayor peligro e indican una potencialidad mayor de daño. Son actividades cotidianas, hacen parte de la vida cotidiana y en un mundo moderno hacen parte de la civilidad como son los medios de transporte rodante terrestres. Con acierto, la ley en principio presume la culpa. Más dicha presunción de culpa está ligada no al querer de quien resulta responsable del daño sino entratándose de la actividad de conducir vehículos automotores, se deriva del riesgo de la actividad misma. Así ha de entenderse en el proceso, así ha de entenderse por quienes asesoran a las partes y ah de explicarse a las víctimas del daño. La consecuencia, merece reproche no porque la conducta sea ilegal, sino porque de todos modos hay un perjuicio. **Mas no es digno, no es humano, no es ético, rompe con el sentido de solidaridad y con criterios de equidad, sustentar en una adversidad un aprovechamiento económico o una expectativa de riqueza que antes no se tenía. La razón de ser de la responsabilidad civil es reparar, resarcir por su equivalente un daño, en la justa medida del daño, ni más, ni menos. Es éste el sentido de la reparación integral. Mas el objeto de la pretensión indemnizatoria no está sustentado en un aprovechamiento económico, en una oportunidad para obtener ganancia, especulación o ventaja patrimonial. En este caso, la pretensión no desborda el derecho indemnizatorio. Un accidente es un hecho eventual, inesperado, nadie lo busca, nadie lo quiere y nadie está exento.** La vida cotidiana expone a las personas, por

múltiples causas, a riesgos eventuales, un accidente es una eventualidad inesperada. Si fuera algo deseado, algo querido; ya no se sitúa el agente en la responsabilidad civil, sino en otro tipo de responsabilidad y otro tipo de reproche y de respuesta. Un accidente no conviene a nadie, afecta de distintas maneras la vida, la interrelación de todos los involucrados. De tal manera, que una situación de afectación para todos los que se ven comprometidos en un accidente no puede dar lugar ni ha de ser fuente de especulación, de aprovechamiento indebido o de abuso en la pretensión, mucho menos de ganancia ocasional antes nunca proyectada, ni esperada. Es por eso que se parte de la Buena Fe, y por ello, se cree que quien demanda en responsabilidad civil, no tiene una intención de lesividad relativa a través del proceso; sino que está motivado por el derecho a ser indemnizado.-

(...)

...”Frente al tema de la excepción consistente en el fenómeno prescriptivo valga la pena empezar porque en este caso hay una responsabilidad directa. Se responde por el hecho propio de acuerdo con el Art. 2341 del C.C., no hay una responsabilidad indirecta pues ni la empresa de transporte, ni los conductores tienen la condición de terceros frente a la responsabilidad indemnizatoria por accidentes de tránsito en la prestación del servicio público de pasajeros. La Ley 336 de 1996 impone una responsabilidad solidaria a los conductores, los propietarios y la operadora en la prestación del servicio. No se trata entonces que se niegue la prescripción, únicamente porque el demandante sea menor de edad, aunque ello debe tenerse en cuenta porque frente a la asistencia de derechos de menores de edad la ley 1098 de noviembre 08 del año 2006, establece en el Art. 6 que todas las normas se aplicarán siempre con un criterio de interés más favorable al interés superior del niño o adolescente y el Art. 8 de la misma Ley de infancia y adolescencia, señala que se entiende por interés superior el imperativo que obliga a todas las personas a garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos sus derechos humanos que son universales, prevalentes e independientes. Así mismo el Art. 90 Ibídem, señala que en caso de conflicto entre dos normas se aplicará la norma y la interpretación más favorable al interés superior del niño o adolescente; sino porque se trata de una responsabilidad directa. No se responde por un deber o culpa in vigilando, sino por una actividad propia, y en todo caso por una responsabilidad directa. No desconoce la Sala configuración, valoración y decisión de un aspecto procesal y que a la vez tiene connotación sustancial, frente a la vigencia del derecho y el deber de indemnizar, se debe hacer un análisis objetivo porque de todos modos las acciones establecidas para reclamar derechos, tiene unos términos y hace parte del debido proceso el cumplimiento de las reglas procesales, al punto de la oportunidad y el ejercicio de la acción indemnizatoria. Sin embargo, frente a una responsabilidad directa no se aplica la excepción de prescripción corta, prevista en el Art. 2358 del C.C., para terceros responsables. Aquí prevalece la prescripción ordinaria pues la culpa del agente (conductor, directivo o subalterno) compromete de manera directa a la persona jurídica a cuyos intereses se sirve. En la responsabilidad directa, la prescripción es la ordinaria, que es de 10 años. Además de lo anterior, debe tenerse en cuenta que los hechos concurren el día 21 de octubre de 2003, y si bien la demanda se presentó el 21 de octubre de 2008, a la audiencia de conciliación se citó y cumplió el 03 de octubre de 2008. No habían pasado más de 5 años, por lo que de acuerdo con el código de comercio, tampoco se da el fenómeno prescriptivo, bajo el entendido del Art. 1081 del C.CO. Quien debió reportar el siniestro era la empresa transportadora; las víctimas no estaban dispuestas a ejercer ni acción directa ni reclamación directa frente a la aseguradora, y como se dijo en los considerados anteriores, era la misma aseguradora la que debió concurrir, tramitar la indemnización, sin esperar que se le demande por vía ejecutiva, asistir inmediatamente al tomador del seguro y a las víctimas. Su deber de conducta fue de omisión en este caso y no puede utilizarlo en provecho de sí mismo. La objeción frente a la reclamación y reporte del siniestro. En muchos casos entorpece el auxilio inmediato de las víctimas. En este aspecto también se confirmará la sentencia del A-Quo. No hay lugar a reconocer ni la prescripción ordinaria, ni extraordinaria, de acuerdo con las fechas, oportunidad de la acción y responsabilidad directa ya expuestas. Con ello se da respuesta al recurso en el sentido de que no se reconoce la excepción de prescripción, no sólo por ser el demandante un menor de edad, más concretamente un niño de trece años que quedó huérfano de padre, sino como ya se precisó la responsabilidad es directa, el ejercicio de la acción fue oportuno y desde la citación a conciliación se interrumpe la prescripción para tener que hasta entonces no habían transcurrido más de cinco años...”

(...).”

Magistrada: MARÍA JULIA FIGUEREDO VIVAS

Providencia: Sentencia de Segunda Instancia / 23 de Noviembre de 2012

Radicación: 2012-0390/2010-0206

Proceso: NULIDAD DE LIQUIDACIÓN DE SOCIEDAD CONYUGAL

Demandante: Alvaro Correa Bello

Demandado: Aura Sofía Pérez de Correa

DESCRIPTOR: NULIDAD LIQUIDACIÓN SOCIEDAD CONYUGAL

RESTRICTOR: Nulidad de escritura/Vicios del Consentimiento

TESIS: ...” Por la naturaleza del asunto, es apenas de recibo que la demandada si conoce qué hijos tenía antes del matrimonio, qué hijos concibió con su esposo en el matrimonio, qué bienes fueron adquiridos en la sociedad conyugal; por lo que no había lugar dada la naturaleza de los hechos a responder diciendo que no le consta. -

Por otra parte, excepciona alegando validez del negocio jurídico porque el demandante aceptó y renunció voluntariamente a los bienes, más se pregunta este Tribunal si la firma de una escritura pública, bajo amenaza de la guerrilla, conociéndose por ser hecho notorio el poder intimidatorio del grupo subversivo FARC. Hecho que genera un temor de tal naturaleza frente a una persona normal, provinciana, de pueblo, sin protección especial. Se genera un temor insuperable de verse afectado en la integridad y en la vida misma si no se atiende el requerimiento dispuesto por el grupo guerrillero. Es una coacción insuperable, bajo amenazas de muerte, como lo refiere el demandante al explicar en su interrogatorio (fl.98) los antecedentes de la citación que le hicieran al municipio de Sacama en Casanare. Municipio que en la región es igualmente conocido como de grave afectación de orden público y presencia subversiva. Explica cómo desde antes y por orden de un hijo de la demandada de nombre NAIRO LIZARAZO PEREZ, y a través de CARLOS EFRAIN CUADROS RODRIGUEZ (quien dice el demandado es colaborador de la guerrilla), le solicitaron la llave que los cónyuges que resultan ser parte en este proceso, y a través del personero del Municipio de Chiscas para que les abriera la puerta de la casa que tenían allá, y donde se instaló un grupo armado. Luego se dio cuenta que la casa estaba llena de guerrilla. Explica que estando instalados y viviendo esa gente ahí en su casa fue que como a los tres o cuatro meses le llegó una citación que tenía que presentarse en Sacama, y tuvo que pagar un expreso hasta allá porque si no lo mataban, que allá en un sitio que se llama “Cabuya”, el comandante lo llamó entre los árboles, que tenía que arreglar eso, que le diera la firma de lo de Tunja, que Aura Sofía había pagado unas deudas y que por esas deudas le firmara la propiedad de la casa en Tunja, que tenía que darle la firma y de todos los bienes que habían; explica que no podía decir que no porque si no lo mataban, que no podía hacerse para atrás. Que un hijo de la esposa que se llama NAIRO LIZARAZO había estado en la guerrilla por el lado de los páramos y una hija de la esposa que se llama YULIETH LIZARAZO también había estado por allá y tenía amistad con ellos. Que la escritura la hicieron al mes de estar amenazado, las amenazas las recibía y le tocaba venir a firmar. De tal forma que el presentarse a suscribir la escritura en la ciudad de Tunja, no indica que el temor se haya superado, que la intimidación haya desaparecido; sino que para preservar su vida atendía lo dispuesto por el grupo armado. La misma demandada al rendir interrogatorio acepta y con ello confiesa, teniéndose por probado el hecho que ella sí estuvo con el grupo subversivo en Sacama un mes antes que citaran a su esposo demandante y que fue la guerrilla la que dispuso que liquidaran en esa forma la sociedad conyugal. De tal manera que en cuanto al demandante se refiere, no fue un hecho querido, ni aceptado voluntariamente, ni tiene causa en él. Hay una fuerza moral, de orden intimidatorio de gran complejidad, capaz de quebrar el consentimiento del demandante, que en un acto de conservación, optó por ceder a las exigencias que hacía su cónyuge a través del grupo guerrillero. Lo que se alega en este caso es nulidad y del contexto integral de la demanda, de su análisis se establece que se alega una nulidad sustancial por ausencia de uno de los elementos de validez de cualquier acto jurídico que es el consentimiento válido.

Lo que se debe estudiar y analizar es si para el momento de los hechos la intimidación armada fue cierta, cuáles eran las condiciones de vida y de orden público en el año 2.000 para el municipio de Chiscas - Boyacá que es el lugar de arraigo, de vida del demandante, y para entonces era un hecho notorio, conocido en el Departamento y en la región la presencia permanente subversiva en dicho Municipio, así como la alteración del orden público y presencia de la guerrilla en jurisdicción del municipio de Sacama. No se trata de una

construcción fáctica producto de la inventiva del demandante, sino de un hecho cierto, real, probado y aceptado por la demandada (fl.101). Explica el demandante como el mismo personero e inspector de policía del Municipio buscaron que la casa que el demandante tenía en Chiscas y por solicitud de Nairo, el hijo de la demandada, fuera ocupada por la guerrilla. Explica cómo por meses, a la vista de todo el mundo, permanecieron en el inmueble en el pueblo. Relato ante autoridad que merecía toda investigación, toda verificación. Mas cuando en la misma audiencia, ante la señora juez concurre a rendir interrogatorio la demandada y reconoce que su esposo sí fue citado por la guerrilla y que un mes antes ella (la demandada), había estado con la guerrilla en el mismo lugar, aunque aclara que citada por estos. Sustenta que el acto fue voluntario porque el demandante firmó, que compareció a la Notaría y firmó, o porque no demandó antes la nulidad de la escritura, es desconocer el impacto, la intimidación, la insuperable coacción que en un sector con presencia guerrillera representa para la población. Se impone el silencio, el temor supera la voluntad de las personas. Es una situación similar a la que se presenta con el desalojo o el desplazamiento por causa de la presencia guerrillera. Hecho que apenas ahora, veinte años después, empieza a ser atendido oficialmente y para lo que se asiste de protección especial, de seguridad especial a quienes manejan temas de restitución de tierras.- Es preciso analizar la situación en el contexto de los hechos, y ese contexto impone el análisis no en un tiempo actual, sino en la escena de tiempo para cuando se desarrollaron.

En cuanto a la verificación de los hechos, al rendir interrogatorio el demandante indica quiénes solicitaron las llaves de la casa en Chiscas para que allí se instalara un grupo armado, señala a CARLOS EFREN CUADROS RODRIGUEZ, al personero del municipio de Chiscas entonces, al hijo de la demandante de nombre NAIRO ALBERTO LIZARAZO PEREZ, si su testimonio no fue solicitado por las partes, siendo posterior el auto de pruebas, debieron incorporarse de oficio para ser oídos en declaración y no se hizo. La demandada solicitó la declaración del hijo habido con el demandante, pero no de los hijos de ella, habidos antes del matrimonio y de quienes el demandante señala que estaban con la guerrilla. Los actos de presencia subversiva y de mediación de funcionarios para la instalación del grupo armado que denuncia el demandante debieron ser informados a las autoridades competentes. Igual al recepcionar las pruebas finales del proceso (fl.189 a 194), por la funcionaria que dictó la sentencia, debía tenerse en cuenta el dicho de los demás testigos.

En la tercera excepción propuesta el demandado dice que se viola el principio de taxatividad al no especificar la causal de nulidad, de donde este Tribunal encuentra que desconoce el apoderado de la demandada que en la demanda se invoca una nulidad por vicio en el consentimiento determinado por la violencia moral consistente en la intimidación armada generada a través del grupo guerrillero. Es una nulidad sustancial, no procesal. Su excepción no está sustentada en los hechos de la demanda, no es de recibo. En relación al enriquecimiento sin causa parece olvidar la parte pasiva que el hecho que uno solo de los cónyuges trabaje, o el hecho que los bienes estén a nombre de uno solo de los cónyuges, o el hecho que uno de los cónyuges haya pagado las deudas, no conlleva a que no haya comunidad de bienes. Cada cual tendrá la libre administración de sus bienes en vigencia de la sociedad, pero al liquidar esta, independientemente de con qué dineros se adquirieron, a nombre de quién están o quien pagó las deudas, los bienes entran a formar la masa de bienes del haber social. De no ser así, la cónyuge que se dedica al hogar y no aporta más que con su trabajo, con su educación a la familia, entonces, no tendría derecho a los bienes que se adquieren en vigencia del matrimonio.

Retomando el punto referido a la coacción moral, por amenazas a la vida e intimidación armada por parte del grupo guerrillero, concretamente del Frente 45 de las FARC, obra al proceso no sólo el interrogatorio del demandado (fl.100), sino la declaración de su hermano Martín Correa Bello (fl.155), que lo acompañó a Sacama, a cumplir la cita que le hizo al demandante la guerrilla, estuvo presente en la reunión, conoció las exigencias que le hizo la guerrilla, e igualmente obra la declaración del señor NACIANCENO HERRERA, fue quien les hizo el expreso al municipio de Sacama a cumplir la cita, y explica como llegaron, les toco ir más abajo del pueblo a pie, luego atravesar con la guerrilla un río y llegar al sitio de la reunión, donde explica que se encontraba la demandada Aura Sofía con uno o dos hijos de esta, que lo trataron muy mal cuando lo vieron, que lo aislaron y no pudo oír lo que hablaban en la reunión, pero que ese día como les tocó quedarse y también a Álvaro y Sofía en Sacama, les dijo que era la oportunidad para que se reconciliaran. De tal forma, que resulta cierto que antes de llegar a cumplir la cita hecha por la guerrilla el demandante, ya había ido la demandada, que el día de la reunión esta señora Aura Sofía y uno o dos de sus hijos estaban en el sitio donde el demandado debía comparecer ante la guerrilla. El señor

NACIANCENO HERRERA ratifica el dicho de MARTIN CORREA, y los dos el dicho del demandado. Si bien es cierto que Martín es hermano del actor, su testimonio no se desacredita por el parentesco, fue quien estuvo presente, quien conoció directamente cuáles fueron las consignas, las exigencias de la guerrilla y el requerimiento para que el demandante le entregara los bienes habidos en la sociedad conyugal a la demandada, incluso da cuenta que él le dijo a su hermana que entregara todo y salvara su vida. Es creíble, refiere espontáneamente, ilustra al Tribunal, su testimonio muestra como la demandada si conocía de antemano la cita hecha a su esposo y cuál el objetivo. De tal manera que sería ingenuo creer que una intimidación de esta naturaleza, para la época en que se dieron no afectaba la voluntad, no era suficiente para quebrantar hasta anular la voluntad de una persona. Estas fueron las circunstancias dentro de las que se suscribió la escritura No.506 del dos de abril del año dos mil uno, corrida en a Notaría Tercera de Tunja. El demandante estaba guiado por una coacción, por un temor, por una intimidación insuperable. No fue un acto voluntario, como lo expone el A-Quo en su sentencia, o como lo refiere el señor Jaime Alberto Correa Pérez, A FOLIO 189, quien es hijo de las partes y dice que hace cinco años se había ido de Chiscas para Tunja a estudiar; más bien se protocolizó una orden del grupo armado, de lo cual no se dejó constancia, por razones obvias en la escritura, y de lo cual no dio cuenta el señor Notario. Fue una orden del grupo armado Frente 45 de las FARC, el acto tiene una causa ilícita. Además que hay total vicio del consentimiento en cuanto al señor ALVARO CORREA BELLO se refiere.- La demandada falta a la realidad cuando dice que no hubo amenazas, que ellos voluntariamente quisieron liquidar de esa forma.

Por otra parte, no resulta un acto normal que si dos esposos adquieren en vida de su sociedad conyugal todos los bienes, luego aparezcan renunciándose en la totalidad por el demandante, quedando éste sin ningún patrimonio y además, trasladando por cuenta de la misma exigencia los bienes adquiridos en la ciudad de Tunja a los hijos de la demandante, quienes en su mayoría (tres de los cuatro), nada tienen que ver con el demandante, pues no son sus hijos.- El testimonio del señor NACIANCENO HERRERA es sólido, merece plena credibilidad y éste declara cómo fue el tránsito, cómo la subversión los llevó en una canoa al sitio de la reunión por el río, y cómo cuando llegaron allí con el demandante y el hermano del demandante ya estaba la demandada con uno o dos de sus hijos, y como ese día a todos les tocó quedarse en el municipio de Sacama. Hay una motivación sórdida, oscura, no legal en los antecedentes y causa de la escritura de liquidación de sociedad conyugal entre las partes de este proceso, que el Tribunal no puede desconocer. No es atendible que el demandante se quede sin nada, que lo hagan traspasar los bienes a los hijos de la demandada y a la demandada, que la señora AURA SOFIA PEREZ ante el traspaso de bienes a sus hijos se reserve usufructo y desconozcan los derechos sociales del actor. Es la demandada la que acepta en su interrogatorio (fl.103), que todos los bienes los consiguieron en vigencia del matrimonio, que precisamente las deudas fueron para adquirir los bienes, que entre los dos pagaban, y que se reservó el usufructo porque de pronto los hijos luego de pasarle los bienes la sacaban, es decir, que de alguna manera dudaba del buen proceder de sus hijos.- Se estructura el vicio del consentimiento y se abre espacio a la nulidad sustancial del acto jurídico de disposición de bienes que hiciera el demandante en la escritura No. 506. Se impone la nulidad conforme al art. 1740 del C.C., por ausencia de uno de los requisitos de validez de todo acto jurídico que exige el art.1502 del C.C., concretamente por vicio en el consentimiento generado por fuerza moral, por la intimidación subversiva con una intensidad capaz de reducir hasta anular la voluntad y la capacidad de decidir libremente del demandado. La causal sí cabe dentro de los señalamientos del art.1741 del C.C.

El planteamiento de la señora juez de primera instancia no se ajusta a la realidad de los hechos, de las circunstancias fácticas antecedentes al acto probadas en el proceso, que muestran la causa ilícita, la intervención y determinación del acto por el grupo 45 de las FARC a través de su comandante, dispuesto al señor Correa en forma intimidante, con el uso de la fuerza que representa la capacidad armada y la clara concepción de los alcances, proceder de la guerrilla para tal fecha. Éste Tribunal revocará y no comparte los argumentos de la decisión de primera instancia, que desconocen los vicios del consentimiento y los presupuestos necesarios para darle validez a un negocio jurídico.- En el testimonio de Jaime Alberto Correa Pérez, lo que se hace es confirmar el dicho de NACIANCENO HERRERA BARON, al afirmar éste que cuando llegaron a Sacama a presentarse a la guerrilla, ya estaba allí AURA SOFIA con uno o dos de los hijos y lo trataron muy mal. Pese a que el declarante JAIME ALBERTO CORREA refiere que fue un acuerdo, que fue un acto voluntario, que la guerrilla no los amenazó, su dicho no es sostenible, enfrentado con el otro grupo de testigos, que no tienen razones para mentir, que no tienen interés de favorecimiento, mientras que el testigo es hijo de la demandada y es beneficiario del traslado

de bienes hecho a ellos por el actor de este proceso. Además que el mismo testigo refiere (fl.189-190), que para cuando los citaron (2.001), ya hacía cinco años se había ido para Tunja a estudiar; lo que sumado al hecho que las partes de este proceso ya no convivían desde hacía como tres años, lleva desprendimiento del testigo frente al demandante. Racionalmente no es atendible sostener que suscriben una escritura porque así fue el acuerdo con la guerrilla y luego sostener que se trató de un acto libre, de un acto voluntario, y que como el Notario dejó constancia de que concurren libremente; entonces no hay vicio del consentimiento.-

En estas condiciones de vicio del consentimiento, el acto no adquiere la firmeza y los efectos que señala el art.1602 del C.C.

Hay una nulidad absoluta, por ausencia total de consentimiento. La voluntad del demandante que renuncia a sus derechos y cede los bienes a su cónyuge no estaba guiada por un querer formado en su libre discernimiento, no era el producto de su querer, no era el producto de su libertad autónoma. Su libertad estaba anulada, estaba guiada por una insuperable coacción e intimidación generada a través del grupo guerrillero.

Además, ninguna autoridad judicial, que pertenece al sector legal institucional, puede convalidar los actos orientados desde la ilegalidad por un grupo guerrillero a través de la intimidación que su fuerza armada generaba en las personas y el temor que despertaba a su vida una amenaza del grupo guerrillero.-

El efecto de la nulidad que aquí se decretara es retrotraer todas las cosas al estado en que se encontraban si no hubiese existido el acto o contrato nulo, por medio de las restituciones mutuas, así como el pago de los intereses y frutos. Los bienes se restablecen en cabeza de quienes se encontraban y así se comunicará a la oficina de registro de instrumentos públicos, conforme lo determina el art.1746 del C.C. En este caso, y en cualquier otro, las normas aplicables deben estudiarse conforme a criterios de equidad natural, conforme lo ilustra el art.32 del C.C.

Llama al análisis el hecho que la demandada en su interrogatorio diga que a ella la habían citado un mes antes los acreedores, pero luego aparece que las letras estaban era en el juzgado, pero que también las tenía la guerrilla y que quien las pagó a los acreedores fue un señor PABLO SIERRA en el municipio de Chiscas (fl.181), según lo refiere el señor JULIO PEDRAZA, quien además señala que sólo les devolvían el capital y que si no recibían, el Camarada sí necesitaba esa plata. Es decir, que las deudas no las pagaba la demandada, había un intermediario que al parecer era miembro de un grupo subversivo, en época en que todos concurren en manifestar que en esa época había mucha guerrilla en el pueblo, que eran los del frente 45 que eran los que se habían tomado el pueblo. Y llama la atención que el día de la citación del demandante también estuviera allí su esposa con sus hijos y tratarán mal a quienes lo acompañaron. Este comportamiento, sumado al que refiere el demandante que su casa en Chiscas la ocupó la guerrilla, por solicitud y orden de Nairo el hijo de la demandada, lleva a valorar las pruebas con mayor rigor. Como no se llamó a Nairo al proceso a declarar, no se pudo aclarar la situación y como tampoco se llamó a CARLOS EFRAÍN CUADROS RODRÍGUEZ que es quien se dice los instaló allí, en presencia del Personero del Municipio, queda en duda los hechos, pero valoradas las pruebas en conjunto, hacen más atendible el dicho del demandante.

Se explica que las personas acudían a la guerrilla para que les solucionara los problemas, que era esta quien tomaba las decisiones, y el caso que en este asunto ocupa la Sala no es la excepción. La ciudadanía, ante la presencia de los actores armados, buscan convivir por instinto de supervivencia y el hecho que parte de la población pertenezca a estos grupos dificulta aún más cualquier investigación y la detección de quiénes son los que participan, quiénes son los que los apoyan. Vistas así las cosas, entiende el Tribunal que se pierde el sentido de la legalidad, de la proporción y hasta de la conciencia social. Está probado que la demandada tenía dificultades conyugales con su esposo, que hacía varios años no convivía con él, que hacía varios años sus hijos preexistentes y el hijo matrimonial se habían venido a Tunja, que la demandada no vivía en Chiscas, y que el demandante le reclamaba para que pagara deudas, lo que explica por qué de alguna forma se acudió a la presión de la guerrilla para llegar finalmente al acto de disposición y transferencia de bienes en favor de la demandada exclusivamente discutido en este proceso. Lo cual no encuentra explicación, si se tiene en cuenta que ya antes, en escritura No.1426 del 28 de julio del año 2.000 el demandante había comparecido a ceder el derecho de dominio y posesión a los hijos de la demandada. Tres fuera del matrimonio y uno en el matrimonio, sin recibir compensación

alguna. La demandada sí se reserva el usufructo de por vida en el inmueble, pero el demandante nada obtiene a cambio. Hecho que permitiría entender por qué el señor ÁLVARO CORREA, no asumió el pago de las deudas que se generaron. Los bienes parte se adquirieron en 1985, por lo que para cuando se hizo entrega de todos los bienes a la demandada, ya los habían comprado, habían pagado, llevaban más de tres años separados, las deudas eran anteriores a la escritura No.1426. Con todo esta escritura no es la discutida en este proceso, sino la 506 que es la escritura en la que el demandante dice renunciar a todos sus gananciales. Las deudas que allí se relacionan no están probadas en el proceso. Pese a ello, se hizo citar al señor Correa Bello ante la guerrilla frente 45 de las FARC en Sacama. Elementos que confirman a la tesis que el acto no fue voluntario. Además que no se indagó, ni compulsó copias para que por lo menos se investigara si es cierto que NAIRO y YULIETH, los hijos de la demandante sí pertenecían a la guerrilla en Chiscas y en los páramos.-

No se conoce cuál era el valor de los bienes atendiendo que también había una casa en Tunja, frente al valor real de las deudas, más cuando los testigos (fl.181) dan cuenta que el señor PABLO SIERRA les entregaba sólo el capital.

El demandante en la pretensión quinta (fl.2) reclama que se condene en costas, daños y perjuicios en caso de oposición, pero no determinó perjuicios, ni se probaron en el curso del proceso; por lo que no se atenderá.-

(...)

Magistrada: MARÍA JULIA FIGUEREDO VIVAS

Providencia: Sentencia de Segunda Instancia / 13 de Marzo de 2013

Radicación: 2011-0510/2006-0343

Proceso: ORDINARIO DE RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL/

Demandante: José Alexander Bernal Arias y otros

Demandado: Empresa De Energía de Boyacá

DESCRIPTOR: RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL/ INDEMNIZACION DE PERJUICIOS/

RESTRICTOR: DAÑO EMERGENTE ACTUALIZADO/ DAÑO EMERGENTE CONSOLIDADO Y FUTURO/

TESIS: ...” se faltó al deber de diligencia, se faltó al deber de cuidado y gestión oportuna frente al hecho que llevó a la suspensión del servicio, de atención a la comunidad, de solución a los problemas de fluido eléctrico, de atención de redes y mantenimiento de redes. Es precisamente esta omisión, lo que constituye el comportamiento negligente de la demandada, del cual se establece y surge el nexo causal, pues con su omisión y negativa presionó a la comunidad; la expuso al riesgo y la forzó a adelantar actividades que requieren pericia y normas de protección técnica industrial. Tal comportamiento ausente de diligencia, atención oportuna y cuidado es lo que se desencadenó el comportamiento de la víctima demandante; pues de haber asumido la empresa de Energía las funciones, los deberes que le son inherentes a la funcionalidad y cobertura en el servicio público que prestan, no habría tenido la víctima, ni la comunidad que generar por iniciativa propia y por sus propios medios soluciones para restablecer el servicio, o para satisfacer las exigencias de limpieza de redes a las que los funcionarios de la Estación de Miraflores de la Empresa de Energía, condicionaban el restablecimiento del servicio.- De haber cumplido con la exigencia de mantenimiento de redes, limpieza y aislamiento de las redes; así como de señalización y medidas para cubrir zonas de protección por ruptura de los cables, o de potencialidad de la energía transportada, así como de suspensión o no de energía, otro sería el resultado.- El comportamiento omisivo de la demandada sí llevó al resultado, si es determinante en el resultado. Hay relación de causa a efecto. El daño le es imputable.-

En tratándose de este tipo de actividades que la ley califica como peligrosas, hay una presunción de la culpa a favor de la víctima y en este aspecto se le releva de acreditarla, pues se presume. Está probado en el proceso que el daño sobrevino por actividades peligrosas en los términos del Art. 2356 del C.C., daño derivado de las cosas y los instrumentos concernientes a las redes del fluido eléctrico que se caracterizan por su peligrosidad. Frente a tales eventos, opera una presunción de culpa en el agente de dicha entidad. Esta presunción releva a la víctima del accidente de la carga de probar la existencia de la culpa. Le basta al demandante víctima o afectado por el daño, solo demostrar los hechos determinantes del ejercicio de la actividad peligrosa y el perjuicio sufrido. No hay discusión que la conducción de energía eléctrica es una actividad peligrosa. Si el demandado quería exonerarse de responsabilidad debió probar la excepción planteada para destruir la presunción de culpa, **lo cual no sucede en este caso, pues el actuar de la víctima, ni fue espontáneo, ni carente de motivación o causa. Se inspiró precisamente en la persistente reticencia de la demandada en restablecer el servicio, si no se retiraban de las redes las abejas. Es decir, desplazó a los usuarios una función y una responsabilidad, así como una actividad que era propia de la demandada.-**

En este caso la responsabilidad se deriva de los actos de omisión y de falta de diligencia del personal adscrito por la entidad demandada y por la entidad misma. Era la demandada la llamada a disponer medidas de seguridad y control por ser el guardián responsable de las instalaciones del fluido eléctrico y por ser la persona llamada a reparar, manipular, mantener las redes y garantizar la conexión de las redes. Garantizar la prestación en el servicio. Sin lugar a dudas, al haber faltado a estos deberes convocó y motivó que el entonces joven José Alexander Bernal, -con apenas 21 años de edad, y quien fuera residente e hijo de uno de los propietarios de las fincas afectadas por el fluido eléctrico en el sector donde ocurrieron los hechos-, se subiera a arreglar y limpiar las redes, a consecuencia que pese a las quejas de los beneficiarios, la demanda siempre dio evasivas, no atendió los requerimientos y trasladó su deber de conservación, de custodia, de mantenimiento a las redes, a la comunidad. Es en este comportamiento imprudente, carente de diligencia y omisivo, donde surge el nexo causal respecto del daño por el que se solicita indemnización.

(...)

SALA PENAL

Magistrada: CÁNDIDA ROSA ARAQUE DE NAVAS

Providencia: Apelación Sentencia Adición Incidente de Reparación Integral / 13 de Marzo de 2013

Radicación: 2010-00043/2012-0714

Proceso: LESIONES PERSONALES

Condenado: José Alirio Rincón Millán

Denunciante: Joaquín López Daza

DESCRIPTOR: LESIONES PERSONALES /INCIDENTE DE REPARACIÓN INTEGRAL/ 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 peritosⁱ.

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 estableceⁱⁱ.

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 repara la satisfacción psíquica o el dolor físico de la víctima, porque la indemnización del perjuicio fisiológico repara la supresión de las actividades vitalesⁱⁱⁱ...

(...)

Magistrado: EDGAR KURMEN GÓMEZ

Providencia: Apelación Sentencia Condenatoria / 15 de Marzo de 2013

Radicación: 2012-00474

Proceso: HOMICIDIO AGRAVADO-TRÁFICO Y PORTE ILEGAL DE ARMAS DE FUEGO

Procesados: Jimmin Alexander Moreno Merchàn y Victor Alfonso Gañan Lince

DESCRIPTOR: HOMICIDIO AGRAVADO/ TRAFICO Y PORTE ILEGAL DE ARMAS DE FUEGO

RESTRICTOR: Prueba Indiciaria/ Responsabilidad/ Coautoría Material Impropia/

TESIS: ...” Sea oportuno señalar que se está frente a una coautoría material impropia, que se caracteriza por acuerdo común, división de trabajo criminal e importancia de la colaboración o aporte.

Refulge con claridad que Víctor Alfonso Gañán Lince sabía plenamente que estaba participando en la empresa criminal que buscaba suprimirle la vida a Pedro José Sánchez Cabrera el día de autos, pues transportó hasta el lugar de los hechos al ejecutor material, lo esperó y aseguró su huída después de cometido el ilícito. Esto significa que conocía plenamente que el propósito criminal consistía en suprimir la vida a la víctima, con división de trabajo, porque si bien es cierto él no fue el que directa y personalmente mató a Pedro

José Sánchez Cabrera, sí prestó una tarea de singular importancia, previa, concomitante y posterior, no solo para realizar el hecho punible sino para asegurar su impunidad.

Por las circunstancias en que el homicidio se desarrolló es posible que hayan actuado por precio o promesa remuneratoria o ánimo de lucro, como se imputó y se atribuyó el cargo a los procesados.

Sin embargo, aunque se trata de un caso de sicariato, pues los hechos y su ocurrencia así lo revelan, no lo es menos que como posibilidad o hipótesis surge la de que los procesados hubieran actuado por motivos diferentes que la investigación no logró determinar. Piénsese en una retaliación o venganza, o por motivos de enemistad personal, que también serían posibles.

Por esta razón estima la Sala que la causal 4ª de agravación contenida en el art. 104 del Código Penal no se actualiza.

En referencia a la causal 7ª, es cierto que la víctima se encontraba indefensa, totalmente distraída, ingiriendo sus alimentos, cuando de manera sorpresiva y repentina entró el sicario en el establecimiento comercial donde almorzaba y le suprimió la vida.

Los disparos, por el examen que se hizo de la necropsia y del acta de levantamiento de cadáver, así como de las documentales que se tomaron, específicamente fotografías, fueron realizados cuando la víctima se encontraba frente a la puerta de acceso del restaurante, dándole la espalda a una vitrina, y que sin mediar ningún tipo de advertencia, de manera rápida y repentina al ingresar el sicario al establecimiento comercial, percutió en tres ocasiones el arma que lo impactó mortalmente, sin que la víctima siquiera advirtiera del peligro que en su contra se cernía.

La única testigo presencial de los hechos, mesera Luz Adriana Farfán Granados, no advirtió que contra la víctima el sicario hubiera dirigido alguna expresión, sino que de manera inmediata le suprimió la vida, lo que significa que el desarrollo del insuceso se había previsto de esa manera y que tanto objetiva como subjetivamente se quiso sacar ventaja de esa situación de indefensión.

Tal circunstancia, según el tenor del art. 62 del Código Penal, se comunica a los partícipes en la medida en que esta hubiese sido conocida, aspecto que se evidencia porque la conducta punible se planeó para realizarla de esa manera.

En consecuencia encontramos que la conducta de homicidio agravado, de los arts. 103 en concordancia con el art. 104-7 del Código Penal encuentra plena estructuración en Víctor Alfonso Gañán Lince.

Respecto del comportamiento de Jimmin Alexander Moreno Merchán, se estableció que contribuyó en la realización de la conducta antijurídica, hecho que se deduce porque su automotor estuvo momentos antes de realizarse el homicidio, ocasión en la que sus ocupantes entregaron una mochila azul con algún objeto a los sicarios que realizaron la tarea criminal en la motocicleta que se aparcó frente al lavadero de carros y además porque pocos minutos más tarde de realizado el homicidio a este procesado se le sorprendió conduciendo el mismo vehículo Renault 21 blanco, de placas ITM-480, en compañía de Víctor Alfonso Gañán Lince, quien se estableció plenamente condujo la moto inmediatamente después de realizado el homicidio.

Por eso es posible que la Sala degrade su responsabilidad a nivel de complicidad, porque sin asomo de duda se estableció que Jimmin Alexander Moreno Merchán contribuyó a la realización del homicidio y prestó también una ayuda posterior, previo concierto con los ejecutores materiales de la tarea criminal.

La conducta es antijurídica por el aspecto positivo, en la medida en que mediante una empresa criminal previamente acordada, con división de tareas criminales e importancia de la colaboración o aporte, respecto de Víctor Alfonso Gañán Lince, se suprimió el bien

jurídico tutelado de la vida del señor Pedro José Sánchez Cabrera, en la que participó prestando su colaboración previa y posterior el señor Jimmin Alexander Moreno Merchán, y por el aspecto negativo porque en el actuar de los sujetos agentes no se advierte concurrencia de ninguna causal que justifique su actuar.

Estos procesados son sujetos imputables, porque se demostró que tenían plena capacidad al momento de ejecutar la conducta punible para comprender su ilicitud y para determinarse de acuerdo con esa comprensión.

Además refulge su culpabilidad dolosa, porque los agentes conocían plenamente los hechos constitutivos del delito de homicidio que se planeó y concretó para suprimir la vida de Pedro José Sánchez Cabrera, tarea criminal en la que participaron como coautor Víctor Alfonso Gañan Lince, con otro sujeto que no logró ser identificado, y como cómplice Jimmin Alexander Moreno Merchán, pues mediante actos voluntarios y libres lograron su realización.

Por tanto se está en presencia de conducta punible de homicidio agravado al tenor del art. 9º del Código Penal por estar plenamente acreditada la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad del comportamiento, en grado de coautoría para Víctor Alfonso Gañan Lince y de complicidad para Jimmin Alexander Moreno Merchán.

(...)

Es necesario señalar que la investigación no logró establecer plenamente al ejecutor directo del homicidio, esto es a la persona que percutió o disparó el arma de fuego contra la víctima Pedro José Sánchez Cabrera.

En consecuencia al no estar establecido ese aspecto, no se puede saber si el ejecutor directo del homicidio, quien percutió el arma, tenía o no permiso de autoridad competente para portar el arma de fuego, caso en el que no existiría el comportamiento punible ni se le transmitiría a los compañeros de la empresa criminal como coautor y como cómplice, respectivamente.

Ese aspecto implica que la tipicidad no está demostrada y por tanto se impone la absolucón por este comportamiento punible.

Por tanto refulge plenamente la responsabilidad en cabeza de Víctor Alfonso Gañan Lince como coautor del delito de homicidio agravado, según las voces de los arts. 103 y 104-7 del Código Penal, y de Jimmin Alexander Moreno Merchán como cómplice, por lo que se hacen acreedores a las cargas que el Estado ha impuesto por dicha responsabilidad..."

(...) ...

Magistrado: EDGAR KURMEN GÓMEZ

Providencia: Apelación Sentencia Condenatoria / 12 de Junio de 2013

Radicación: 2013-0040

Proceso: EXPLOTACIÓN ILÍCITA DE YACIMIENTO MINERO

Condenados: Gonzalo Castillo Buitrago

DESCRIPTOR: EXPLOTACIÓN ILÍCITA DE YACIMIENTO MINERO

RESTRICTOR: Violación de normas de protección ambiental/ Indebida Explotación

TESIS: ... El artículo 338 del código penal tipifica la conducta de explotación ilícita de yacimiento minero y otros minerales, para quien sin permiso de autoridad competente o con incumplimiento de la normatividad existente explote, explore o extraiga yacimiento

minero o explote arena, material pétreo o de arrastre de los cauces y orillas de los ríos por medios capaces de causar graves daños a los recursos naturales o al medio ambiente, incurriendo en las sanciones que el legislador establece.

Este tipo penal es de los denominados tipos penales en blanco porque para su cabal integración es preciso acudir a otros preceptos del ordenamiento jurídico, referidos en este caso a la regulación sobre los permisos pertinentes para ejercer la actividad minera.

Este tipo penal es de conducta alternativa pues para su tipificación se requiere de la realización de una o varias de los comportamientos descritos en el tipo penal.

Por eso es necesario referirnos a las disposiciones que regulan la materia, en especial las contenidas en el Código de Minas de la ley 685 de 2001 y de las normas complementarias que rigen la materia.

En el artículo primero de esa disposición se advierte que entre los objetivos del Código está el de la explotación técnica y explotación de los recursos mineros de propiedad estatal y privada mediante el aprovechamiento y realización armónica de los principios y normas de explotación racional de los recursos naturales no renovables y del medio ambiente.

Esa misma disposición señala que los recursos que yacen en el suelo o en el subsuelo, en cualquier estado físico natural, son de propiedad exclusiva del Estado, sin consideración a que la propiedad, posesión o tenencia de los correspondientes terrenos, sea de otras entidades públicas, de particulares o de comunidades o grupos.

Asimismo se señala con claridad que el derecho a explotar los recursos naturales no renovables sólo se adquiere mediante el otorgamiento de títulos mineros y que únicamente se podrá constituir, declarar y probar el derecho a explorar y explotar minas de propiedad estatal, mediante el contrato de concesión minera, debidamente otorgado e inscrito en el registro minero nacional.

Desde luego esa preceptiva deja a salvo los derechos provenientes de licencias de exploración, permisos o licencias de explotación, contratos de explotación y contratos celebrados sobre áreas de aporte, vigentes al entrar a regir ese código.

El contrato de concesión según las voces del artículo 58 del Código de Minas otorga al concesionario, en forma excluyente, la facultad de efectuar dentro de la zona concedida, los estudios, trabajos y obras necesarias para establecer la existencia de los minerales objeto del contrato y para explotarlos de acuerdo con los principios, reglas y criterios propios de las técnicas aceptadas por la geología y la ingeniería de minas. Comprende igualmente la facultad de instalar y construir dentro de dicha zona y fuera de ella, los equipos, servicios y obras que requiera el ejercicio eficiente de las servidumbres señaladas en el código.

Pero para poder iniciar la realización de los trabajos es necesario que se cuente con el estudio de impacto ambiental pues como lo prescribe el artículo 85 de la misma normatividad, sin la aprobación expresa de este estudio y la expedición de la correspondiente licencia ambiental no habrá lugar a iniciación de los trabajos y obras de explotación minera.

Eso significa a todas luces que los recursos naturales no renovables son propiedad exclusiva del Estado a no ser que se demuestre que se tenía un título legítimo otorgado con anterioridad a la vigencia del Código de Minas. En consecuencia para poder explotar en este caso el mineral de carbón era necesario contar o haber suscrito el respectivo contrato de concesión minera y para poderlo suscribir o por lo menos para iniciar los respectivos trabajos de exploración y de explotación del mineral era necesario contar con el estudio de impacto ambiental y la respectiva licencia ambiental expedida por las respectivas corporaciones autónomas regionales.

A este respecto se precisa que el artículo 31 de la ley 99 de 1993 que establece las funciones de las corporaciones autónomas regionales, en su numeral noveno preceptúa la de otorgar concesiones, permisos, autorizaciones y licencias ambientales requeridas por la ley para el uso, aprovechamiento o movilización de los recursos naturales renovables o para el desarrollo de actividades que afecten o puedan afectar el medio ambiente. Así mismo tiene la facultad de otorgar permisos y concesiones para aprovechamientos forestales, concesiones para el uso de aguas superficiales y subterráneas y establecer vedas para la caza y la pesca deportivas.

Respecto de la licencia ambiental la ley 99 de 1993 en su artículo 50 señala que se entiende por licencia ambiental la autorización que otorga la autoridad ambiental competente para la ejecución de una obra o actividad, sujeta al cumplimiento por el beneficiario de la licencia, de los requisitos que la misma establezca en relación con la prevención, mitigación, corrección, compensación y manejo de los efectos ambientales de la obra o actividad autorizada.

A este respecto la Corte Constitucional en sentencia C-726 de 2012 con ponencia del magistrado Luis Guillermo Pérez señaló lo siguiente: "Con fundamento en la jurisprudencia constitucional, se concluye que la licencia ambiental: (i) es una autorización que otorga el Estado para la ejecución de obras o la realización de proyectos o actividades que puedan ocasionar un deterioro grave al ambiente o a los recursos naturales o introducir una alteración significativa al paisaje (L. 99/93 art.49); (ii) tiene como propósitos prevenir, mitigar, manejar, corregir y compensar los efectos ambientales que produzcan tales actividades; (iii) es de carácter obligatoria y previa, por lo que debe ser obtenida antes de la ejecución o realización de dichas obras, actividades o proyectos; (iv) opera como instrumento coordinador, planificador, preventivo, cautelar y de gestión, mediante el cual el Estado cumple diversos mandatos constitucionales, entre ellos proteger los recursos naturales y el medio ambiente, conservar áreas de especial importancia ecológica, prevenir y controlar el deterioro ambiental y realizar la función ecológica de la propiedad; (v) es el resultado de un proceso administrativo reglado y complejo que permite la participación ciudadana, la cual puede cualificarse con la aplicación del derecho a la consulta previa si en la zona de influencia de la obra, actividad o proyecto existen asentamientos indígenas o afrocolombianos; (vi) tiene simultáneamente un carácter técnico y otro participativo, en donde se evalúan varios aspectos relacionados con los estudios de impacto ambiental y, en ocasiones, con los diagnósticos ambientales de alternativas, en un escenario a su vez técnico-científico y sensible a los intereses de las poblaciones afectadas (L. 99/93 arts. 56 y ss); y finalmente, (vii) se concreta en la expedición de un acto administrativo de carácter especial, el cual puede ser modificado unilateralmente por la administración e incluso revocado sin el consentimiento previo, expreso y escrito de su titular, cuando se advierta el incumplimiento de los términos que condicionan la autorización (L. 99/93 art. 62). En estos casos funciona como garantía de intereses constitucionales protegidos por el principio de prevención y demás normas con carácter de orden público".

En esa misma decisión la Honorable Corte Constitucional estableció una relación entre la licencia ambiental y algunos derechos constitucionales de la siguiente forma "(...) la licencia ambiental como instrumento técnico-jurídico tiene una relación especial con los derechos reconocidos en la Constitución. En primer lugar, la licencia ha sido considerada como una garantía de los derechos individuales y colectivos asociados a la conservación y al aprovechamiento del ambiente y de los recursos naturales, como bien lo precisó la Corte en la Sentencia C-328 de 1995. Pero también ha sido vista como una garantía de los derechos a la participación y a la consulta previa en el caso de las comunidades indígenas y afro-colombianas, como se desprende de las sentencias T- 129 de 2011 y T- 698 de 2011. En este sentido, la licencia ambiental y su trámite, permiten articular los mandatos constitucionales relacionados con la protección de los recursos naturales, con algunos de los derechos reconocidos en la Constitución. Y, en segundo término, la licencia ambiental también ha sido considerada como un "típico mecanismo de intervención del Estado en la economía" y como una forma de "limitación de la libre iniciativa privada" que encuentra justificación en el cumplimiento de la "función ecológica" de la propiedad, como se expuso en la sentencia C- 894 de 2003. De esta manera, la licencia es una herramienta que permite precisar las fluidas fronteras de la función ecológica de la propiedad, bajo la protección del ambiente y los recursos naturales, y la introducción de condicionamientos verificables al ejercicio de las libertades individuales".

Sentado este panorama la Sala advierte, con las pruebas que fueron objeto de análisis precedentemente, que el hoy procesado no había suscrito con el Estado un contrato de concesión minera; que tampoco contaba con un título minero que autorizará la explotación del mineral con anticipación a la vigencia del código de minas y por tanto es obvio que no se habían elaborado los estudios de impacto ambiental ni tampoco le habían expedido la correspondiente licencia ambiental por parte de la corporación autónoma regional competente, en este caso Corpochivor.

Eso significa en aras a la verdad, que Gonzalo Castillo Buitrago no contaba con los permisos de autoridad competente para realizar la explotación minera en el fundo de su propiedad.

A este respecto es necesario señalar que el señor abogado impugnante refiere que la investigación no logró probar que el terreno sobre el cual se efectuó la explotación minera era de propiedad de su cliente. Esta aseveración carece de sustento probatorio, pues se desprende de manera nítida que la parcela le fue adjudicada a este señor como él mismo lo reconoce, como también lo reconoce su señora esposa y como se desprende del certificado de suelos expedido por la alcaldía de Ventaquemada. Por lo demás para la explotación ilícita de yacimiento minero no se requiere como elemento o ingrediente del tipo penal la demostración de la propiedad del predio, es suficiente que se realice alguno de los comportamientos alternativos exigidos en el tipo penal sin importar la condición en que se detente el predio.

El artículo 152 del Código Minero hace referencia a la extracción ocasional de minerales. Dicha disposición señala que la extracción ocasional y transitoria de minerales industriales a cielo abierto, que realicen los propietarios de la superficie, en cantidades pequeñas y a poca profundidad y por medios manuales, no requerirá de concesión del Estado. Esta explotación ocasional solamente podrá tener como destino el consumo de los mismos propietarios, en obras y reparaciones de sus viviendas e instalaciones, previa autorización del dueño del predio. Todo otro destino industrial o comercial que se le dé a los minerales extraídos, al amparo de este artículo, les está prohibido.

Eso significa que la afirmación del señor abogado apelante y de su cliente cuando adveran que la explotación fue ocasional y para uso doméstico no concuerda con las exigencias legales para admitir una explotación ocasional. Adviértase que la extracción de minerales tiene que ser a cielo abierto, es decir a descapote o a superficie y en el caso de autos, con las pruebas practicadas por el ente investigador se establece que existían túneles o socavones para la explotación del mineral y que por lo tanto no eran a cielo abierto. Como también se dijo al analizar la prueba pertinente la existencia de un motor que hace las veces de malacate y de otros dos túneles, evidencian que la explotación del mineral no fue ocasional ni mucho menos para el simple consumo doméstico de los propietarios, sino que tenía como propósito la comercialización a terceras personas.

Éste aspecto es de singular importancia por qué se ha admitido incluso por parte del procesado haber explotado un viaje de carbón y además porque la explotación se reinició al ver que todos los vecinos la continuaron sin que por su comportamiento hubieran recibido sanción de las autoridades pertinentes. En consecuencia no se está en presencia de una simple extracción ocasional del mineral, ni de una extracción manual, ni tampoco se está en presencia de minería de hecho.

A este respecto es necesario señalar que aún en el evento en que el procesado hubiese estado explotando las minas de carbón desde antes de la vigencia del Código de Minas, era necesario contar con los permisos de autoridad competente, que revalidaran su condición, pues la actividad minera está reglada y no se puede asumir a capricho o a voluntad de los coasociados.

Señalemos que el mismo procesado ha indicado que otorgaron poder a un profesional del derecho para que obtuviera las respectivas licencias, aspecto del que se desprende con nitidez que no se contaba con las mismas y que además sabía que para desarrollar esa actividad era necesario e imprescindible contar con ellas. Por ello la conducta aparece típica por el también por el aspecto subjetivo, porque efectuó la explotación minera a

sabiendas de la necesidad de contar con los permisos respectivos, de manera voluntaria y libre.

El señor defensor en su alegato de impugnación señala que su cliente actúo al amparo de la causal de ausencia de responsabilidad contenida en el artículo 32 del Código Penal denominada error de tipo.

El numeral 10º del artículo en comento señala que está incurso en esa causal de ausencia de responsabilidad penal cuando "se obre con error invencible de que no concurre en su conducta un hecho constitutivo de la descripción típica o de que concurren los presupuestos objetivos de una causal que excluye la responsabilidad".

Esa causal de ausencia de responsabilidad como se advierte contempla el error de tipo propiamente dicho y también el error de tipo permisivo. Como el señor defensor sólo se refiere a la presunta estructuración de la primera especie, la sala sólo se detendrá en el examen de esa clase de error.

La regla general es que la ignorancia de la ley no sirva de excusa. Sin embargo en materia sustancial Penal este aserto no es válido porque si se puede errar sobre la existencia de un hecho constitutivo de la conducta punible es evidente también que se pueda errar sobre la misma existencia del tipo penal en general.

El error consiste en la equivocada percepción de un hecho, dicho de otra manera es la falsa representación mental de un hecho real.

Eso significa que debe estar plenamente demostrada la circunstancia en que se funda el presunto error. Del escrito impugnatorio se advierte que el señor defensor señala que el procesado creía no estar incurso en el comportamiento Penal debido a que la extracción de mineral supuestamente sólo se realizó para proveerse el mineral para sus necesidades domésticas. Este aspecto está totalmente desvirtuado como se ha analizado a lo largo de la providencia, y por tanto el presunto error en el que se funda la causal de ausencia de responsabilidad no se actualiza.

Por el contrario el procesado sabía que estaba realizando la extracción del mineral con propósitos lucrativos y comerciales a tal punto que se admite que incluso extrajo un viaje de carbón. Pero no solamente por este aspecto si no por las herramientas utilizadas que no eran simplemente manuales si no que por lo menos se aprovisionó de un motor adecuado para ello como se probó documentalmente; por el número de socavones que evidencian que la extracción se prolongó en el tiempo y que además no se trataba de pequeñas cantidades para exclusivo uso doméstico y a descapote.

Eso significa que en la mente del procesado jamás existió una creencia equivocada acerca de este aspecto, sino que por el contrario sabía plenamente que su comportamiento era contrario a derecho. Estas razones nos permiten afirmar que el procesado no incurrió en ningún error y que por el contrario su comportamiento encuadra perfectamente en el descrito por el legislador en el respectivo tipo penal.

Así las cosas se predica la tipicidad tanto por el aspecto positivo como por el aspecto negativo y también desde el punto de vista objetivo y subjetivo, siendo indispensable detenernos en el examen de la contrariedad del comportamiento con el ordenamiento jurídico o de su antijuridicidad para la construcción del injusto típico.

En sentencia C-366 de 2011 al declarar la inconstitucionalidad de la ley 1382 de 2010 señaló la Corte Constitucional, en referencia a la antijuridicidad los siguientes aspectos que la Sala considera se avienen totalmente al caso de autos y en especial a los bienes jurídicos objeto de protección.

Dijo la Corte lo siguiente: " (...) No puede perderse de vista que la jurisprudencia de esta Corte ha considerado que uno de los rasgos definitorios del actual modelo constitucional es el reconocimiento y garantía de un complejo de derechos y obligaciones destinados a

la protección del medio ambiente, agrupados bajo el concepto de "Constitución Ecológica". A este respecto, en la reciente sentencia C-666/10 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto), fueron sintetizados los criterios que confieren a la protección del medio ambiente carácter universal e imperativo en el régimen constitucional, las cuales conviene transcribir in extenso.

"Precisamente, es el ambiente uno de esos conceptos cuya protección fue establecida por la Constitución como un deber, consagrándolo tanto de forma directa -artículo 79 de la Constitución-, como de forma indirecta -artículos 8° y 95 -8 de la Constitución-; al respecto la Corte manifestó en sentencia C-760 de 2007, "de entrada, la constitución dispone como uno de sus principios fundamentales la obligación Estatal e individual de proteger las riquezas culturales y naturales de la Nación (art. 8°). Adicionalmente, en desarrollo de tal valor, nuestra Constitución recoge en la forma de derechos colectivos (artículos 79 y 80 C.P.) y obligaciones específicas (art. 95 -8 C.P.) las pautas generales que rigen la relación entre el ser humano y el ecosistema. Con claridad, en dichas disposiciones se consigna una atribución en cabeza de cada persona para gozar de un medio ambiente sano, una obligación Estatal y de todos los colombianos de proteger la diversidad e integridad del ambiente y una facultad en cabeza del Estado tendiente a prevenir y controlar los factores de deterioro y garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración y sustitución.

El énfasis de la Constitución de 1991 se materializa en un cúmulo de disposiciones que, entendida sistemáticamente, denota la importancia que, como bien constitucional, tiene en nuestro ordenamiento jurídico el ambiente, cuya protección se garantiza a través de su consagración como principio fundamental, derecho constitucional y deber constitucional. En este sentido en la sentencia T -411 de 1992 la Corte desarrolló un concepto que resulta ser fundamental para la comprensión del medio ambiente, la Constitución ecológica, respecto de la cual manifestó:

" (...) de una lectura sistemática, axiológica y finalista surge el concepto de Constitución Ecológica, conformado por las siguientes 34 disposiciones: II Preámbulo (vida), **2°** (fines esenciales del Estado: proteger la vida), **8°** (obligación de proteger las riquezas culturales y naturales de la Nación), **11** (inviolabilidad del derecho a la vida), **44** (derechos fundamentales de los niños), **49** (atención de la salud y del saneamiento ambiental), **58** (función ecológica de la propiedad), **66** (créditos agropecuarios por calamidad ambiental), **67** (la educación para la protección del ambiente), **78** (regulación de la producción y comercialización de bienes y servicios), **79** (derecho a un ambiente sano y participación en las decisiones ambientales), **80** (planificación del manejo y aprovechamiento de los recursos naturales), **81** (prohibición de armas químicas, biológicas y nucleares), **82** (deber de proteger los recursos culturales y naturales del país), **215** (emergencia por perturbación o amenaza del orden ecológico), **226** (internacionalización de las relaciones ecológicas), **268-7** (fiscalización de los recursos naturales y del ambiente), **277-4** (defensa del ambiente como función del procurador), **282-5** (el Defensor del Pueblo y las acciones populares como mecanismo de protección del ambiente), **289** (programas de cooperación e integración en zonas fronterizas para la preservación del ambiente), **300-2** (Asambleas Departamentales y medio ambiente), **301** (gestión administrativa y fiscal de los departamentos atendiendo a recursos naturales y las circunstancias psicológicas), **310** (control de densidad en San Andrés y Providencia con el fin de preservar el ambiente y los recursos naturales), **313-9** (Concejos Municipales y patrimonio ecológico), **317** y **294** (contribución de valorización para conservación del medio ambiente y los recursos naturales), **330-5** (Concejos de los territorios indígenas y preservación de los recursos naturales), **331** (Corporación del Rio Grande de la Magdalena y preservación del ambiente), **332** (dominio del Estado sobre el subsuelo y los recursos naturales no renovables), **333** (limitaciones a la libertad económica por razones del medio ambiente), **334** (intervención estatal para la preservación de los recursos naturales y de un ambiente sano), **339** (política ambiental en el plan nacional de desarrollo), **340** (representación de los sectores ecológicos en el Consejo Nacional de planeación), **366** (solución de necesidades de saneamiento ambiental y de agua potable como finalidad del Estado)."

Es claro, que el concepto de medio ambiente que contempla la constitución de 1991 es un concepto complejo, en donde se involucran los distintos elementos que se conjugan para conformar el entorno en el que se desarrolla la vida de los seres humanos, dentro de los que se cuenta la flora y la fauna que se encuentran en el territorio colombiano. Adelanta la

Corte que los elementos integrantes del concepto de medio ambiente pueden protegerse per se y no simplemente, porque sean útiles o necesarios para el desarrollo de la vida humana. En efecto la visión del ambiente como elemento transversal en el sistema constitucional trasluce una visión empática de la sociedad, y el modo de vida que ésta desarrolle, y la naturaleza, de manera que la protección del medio ambiente supera la menor noción utilitarista, para asumir una postura de respeto y cuidado que hunde sus raíces en concepciones ontológicas.

(...)

Ya desde ese entonces, y con mayor énfasis a partir de la Constitución de 1991 y en la actualidad, la protección del ambiente superaba nociones que lo entendían con un insumo de desarrollo humano, al cual había que cuidar simplemente porque su desprotección significaría un impedimento para nuestro progreso. El ambiente es visto como contexto esencial del transcurso de la vida humana, razón por la cual se entendió que su protección se desarrollaba sobre el fundamento de la armonía con la naturaleza y que el accionar de los seres humanos debe responder a un código moral, que no implica nada distinto a un actuar acorde con su condición de seres dignos, concepción que se ubica en las antípodas de una visión antropocentrista, que asuma a los demás -a los otros - integrantes del ambiente como elementos a disposición absoluta e ilimitada de los seres humanos".

Este es el fundamento por el cual el artículo 338 del Código Penal se enclava dentro de los atentados graves a los recursos naturales y el medio ambiente y la razón por la cual el legislador le otorgó especial protección penal.

La exploración, explotación o extracción de yacimiento minero sin el permiso de autoridad competente o con el incumplimiento de la normatividad existente, vulnera el bien jurídico tutelado de los recursos naturales y el medio ambiente, por lo que se predicaría la antijuridicidad formal, ya que al encuadrar la conducta en el comportamiento descrito en el tipo penal, se entiende vulnerado el valor o bien jurídico que con ella se pretende proteger.

Pero también emerge demostrada la antijuridicidad material, en la medida en que como se demostró en el plenario, la actividad del señor Gonzalo Castillo Buitrago al hacer explotación ilícita de yacimiento minero dentro del fundo de su propiedad en la parcela 16, causó graves daños al ecosistema que se puntualizaron en el acápite probatorio y que por tanto es innecesario repetir.

En referencia a la culpabilidad es preciso señalar que el dolo neutro o avalorado al que se hizo referencia al estudiar la tipicidad del comportamiento se refiere a querer realizar la conducta de manera libre consciente y voluntaria. Pero para predicar culpabilidad es necesario verificar la conciencia de la antijuridicidad del comportamiento, lo que conlleva que se le haga un juicio de reproche o de exigibilidad, porque el procesado pudiendo y debiendo comportarse conforme a derecho el procesado no lo hizo a sabiendas de la ilicitud de su comportamiento.

Como se dijo precedentemente hemos señalado que el procesado conocía la necesidad de contar con los permisos respectivos para realizar la explotación minera en su fundo; que incluso otorgó poder a un profesional del derecho para obtener la respectiva licencia ambiental, lo que denota su conocimiento y necesidad al respecto; que mintió al afirmar que la explotación del carbón sólo se efectuó con fines domésticos cuando en realidad se deduce que se hizo para comercializar el mineral; incluso se probó que por lo menos explotaron un viaje de carbón lo que indica que su comportamiento deviene ilícito y por último los innumerables daños que se produjeron al ecosistema evidencian que no se trató de una explotación artesanal sino que por el contrario ésta se realizó con propósitos comerciales y de manera industrializada.

Bastan todas estas consideraciones para predicar la existencia de comportamiento punible a la luz del artículo noveno del código penal, con lo que se concluye que el procesado se ha hecho acreedor a las cargas que el Estado impone a su responsabilidad.

En referencia a este aspecto señalemos que el señor defensor no impugnó los aspectos relativos a la dosificación punitiva y por ello, en aplicación del principio de limitación, la sala no adquiere competencia para revisar esas determinaciones.

No obstante lo anterior es necesario señalar que se imponía al juez de primera instancia la obligación de condenar al procesado por la inhabilidad de que trata el artículo 163 del Código Minero que señala que quien haya sido condenado por aprovechamiento ilícito o por exploración o explotación ilícita de recursos minerales quedará inhabilitado para obtener concesiones mineras por un término de cinco años. Esta pena accesoria debe ser impuesta por el juez en la sentencia. Sin embargo la Sala precisa que tal inhabilidad especial no puede ser impuesta en segunda instancia, en razón a que la parte defendida es apelante único y tal comportamiento entrañaría vulneración al principio de la no reforma peyorativa.

Por todo ello se impone confirmar la providencia impugnada en lo que fue motivo de impugnación. ...”

(...).”

Magistrado: EDGAR KURMEN GÓMEZ

Providencia: Apelación Sentencia Condenatoria / 20 de Junio de 2013

Radicación: 2013-00059

Proceso: PECULADO POR APROPIACIÓN

Condenado: Jorge Adán González Cadena

DESCRIPTOR: PECULADO POR APROPIACIÓN/ /Delito Continuado

RESTRICTOR: Sociedad de Economía Mixta/ Servidor Público/

TESIS: ...” Sea necesario reiterar que el delito por el que se procede es el del artículo 397 del Código Penal contenido en la ley 599 de 2000 y no como equivocadamente lo señaló la fiscalía de segunda instancia en el artículo 133 del Código Penal de la ley 100 de 1980, pues la Honorable Corte Suprema de Justicia tiene sentado que en casos de delitos continuados la norma que rige la conducta punible es aquella vigente en el momento de cometer el último acto esto es en el instante en que la conducta se consuma de manera total y definitiva.

El art. 397 preceptúa que “el servidor público que se apropie en provecho suyo o de un tercero de bienes del Estado o de empresas o instituciones en que éste tenga parte o de bienes o fondos para- fiscales, o de bienes de particulares cuya administración, tenencia o custodia se le haya confiado por razón o con ocasión de sus funciones, incurrirá en prisión de seis (6) a quince (15) años, multa equivalente al valor de lo apropiado sin que supere el equivalente a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término.

Si lo apropiado supera un valor de doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes, dicha pena se aumentará hasta en la mitad. La pena de multa no superará los cincuenta mil salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Si lo apropiado no supera un valor de cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes la pena será de cuatro (4) a diez (10) años e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término y multa equivalente al valor de lo apropiado.

La norma exige sujeto activo calificado, porque requiere la condición de servidor público y que su conducta recaiga sobre bienes del Estado o de empresas o instituciones en que éste tenga parte o de bienes o fondos para fiscales, o de bienes de particulares cuya administración, tenencia o custodia se le haya confiado por razón o con ocasión de su funciones.

Tanto la condición de servidor público como la naturaleza jurídica de los bienes apropiados, se deduce del estudio que se haga en relación con la naturaleza jurídica del Banco Agrario. A este respecto la honorable Corte Suprema de Justicia, , señaló lo siguiente¹¹:

"Así, recuérdese que con la expedición del Decreto Número 1065 de 1999, el Presidente de la República en uso de las facultades conferidas por el artículo 120 de la ley 489 de 1989, dictó medidas en relación con la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero S. A y reestructuró "el Banco de Desarrollo Empresarial S. A." y se trasladan algunas funciones", estableciéndose en el artículo 12:

"Reestructuración y capitalización del Banco de Desarrollo Empresarial S. A. Reestructúrase el establecimiento bancario denominado Banco de Desarrollo Empresarial S. A., que en lo sucesivo se denominará Banco Agrario de Colombia S. A. y podrá usar el nombre de Banagrario, entidad que continuará como sociedad anónima, con el régimen de empresa industrial y comercial del Estado del orden nacional, y que se vincula al Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural.

"Las entidades públicas podrán participar en el capital del banco que se reestructura por este decreto. Para capitalizar la entidad y mantener el capital adecuado, el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras y la Nación podrán emitir y entregar títulos de deuda interna con cargo a vigencias futuras. La emisión de estos títulos de la Nación no requieren formalidades ni trámites distintos de los previstos en las normas orgánicas del presupuesto".

En el artículo 13 de dicho decreto se plasmó el objeto de la nueva entidad bancaria, así:

"Objeto del Banco Agrario de Colombia S. A.. El Banco Agrario de Colombia S.A. tendrá como objeto desarrollar las operaciones propias de un establecimiento bancario comercial, con las limitaciones previstas en este decreto. Sus operaciones activas estarán dirigidas a las actividades rurales, agrícolas, pecuarias, pesqueras, forestales, y agroindustriales y a las entidades territoriales.

"No obstante, la Junta Directiva, con sujeción a los límites previstos en el artículo 15 de este decreto, por unanimidad podrá autorizar que algunas operaciones activas que éste determine estén dirigidas a otras actividades, sin que en ningún caso la totalidad de estas operaciones supere el 30% del total de la cartera de la entidad".

En estas condiciones, de acuerdo con la legislación que creó el Banco Agrario, se advierte que se trata de una sociedad anónima con régimen de empresa industrial y comercial del Estado del orden nacional adscrita al Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural.

No obstante, el citado decreto fue declarado, en su totalidad, inexecutable por la Corte Constitucional, mediante sentencia C -198 del 18 noviembre 1999. Ahora bien si se observa las escrituras de constitución y reforma de la citada entidad, se advertirá lo siguiente:

- a) Que mediante escritura pública N° 3246 del 19 noviembre 1993 de la Notaría 44 del Círculo de Bogotá se constituyó la empresa Agileasing S.A. Compañía de Financiamiento Comercial.

¹¹ Sala de Casación Penal, M.P. JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS en sentencia del 28 febrero 2006, proceso 21.711

- b) Que mediante escritura pública N°2655 del 24 junio 1999 de la Notaría 1° de Bogotá, la entidad citada en precedencia se convirtió en "Sociedad de economía mixta del orden nacional, sujeta al régimen de Empresa Industrial y Comercial del Estado, vinculada al Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural. Del mismo modo, se protocolizó la Resolución N° 0968 del 24 junio 1999, por la cual el Superintendente Bancario autoriza su conversión a Banco bajo la denominación Banco de Desarrollo Empresarial S. A.
- c) Que mediante escritura pública N° 2474 del 26 junio 1999 de la notaría 42 de Bogotá, se protocoliza el cambio de razón social por Banco Agrario de Colombia S.A. y se autoriza usar el nombre de Banagrario.
- d) Y, que mediante escritura N°2655 del 24 junio 1999 de la notaría 1° de Bogotá, se establece que el término de duración de la última entidad es "indefinido".

Finalmente, con el fin de establecer la naturaleza jurídica del Banco Agrario, es necesario hacer relación al artículo 233 de la ley 489 de 1998, Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, modificado por el artículo 47 de la ley 795 de 2003, aún vigente, en su tenor reza:

"Naturaleza Jurídica. El Banco Agrario de Colombia S. A., Banagrario, es una sociedad de economía mixta del orden nacional, sujeta al régimen de empresa industrial y comercial del Estado, organizado como establecimiento de crédito bancario y vinculado al Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural."

De esa manera, revisada la precedente legislación y las escrituras de constitución de la entidad, para efectos de establecer la calidad de servidor público que regula el artículo 20 de la ley 599 2000 y para este evento, la naturaleza jurídica no la establece la participación accionaria, es decir, no interesa el grado de participación accionario que el Estado tenga en la empresa, sino que ésta surge de la composición del capital sea tanto del Estado como de los particulares, sin importar el índice del porcentaje accionario. Frente a este específico tema la Corte Constitucional anotó:

"... Ello significa entonces, que la existencia de una sociedad de economía mixta, tan sólo requiere, conforme a la Carta Magna que surja de la voluntad del legislador, si se trata de una perteneciente a la Nación, o por así disponerlo una ordenanza departamental o un acuerdo municipal, si se trata de entidades territoriales, a lo cual ha de agregarse que, lo que le da esa categoría de "mixta" es, justamente, que su capital social se forme por aportes del Estado y de los particulares, característica que determina su sujeción a un régimen jurídico que le permita conciliar el interés general que se persigue por el Estado o por sus entidades territoriales, con la especulación económica que, en las actividades mercantiles, se persigue por los particulares.

"4. 6. Por otra parte, se observa por la Corte que el artículo 210 de la Constitución establece que las entidades descentralizadas por servicios del orden nacional deben ser creadas por la ley o con su autorización "con fundamento en los principios que orientan la actividad administrativa", norma ésta que en armonía con lo dispuesto por el artículo 150 de la Carta permite que el Congreso de la República en ejercicio de su atribución de "hacer leyes" dicte el régimen jurídico con sujeción al cual habrán de funcionar los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado y las empresas de economía mixta. Ello no significa que so pretexto de establecer ese régimen para estas se pueda establecer desconocer que cuando el capital de una empresa incluya aportes del Estado o de una de sus entidades territoriales en proporción inferior al cincuenta por ciento (50%) del mismo, no alcanzan la naturaleza jurídica de sociedades comerciales o empresas de "economía mixta", pues, se insiste, esta naturaleza jurídica surge siempre que la composición del capital sea en parte de propiedad de un ente estatal y en parte por aportes o acciones de los particulares, que es

precisamente la razón que nos permite afirmar que en tal caso la empresa respectiva sea "el Estado" o de propiedad de "particulares" sino, justamente de los dos, aunque en proporciones diversas, lo cual le da una característica especial, denominada "mixta", por el artículo 150, numeral 7° de la Constitución.

"De no ser ello así, resultaría entonces que aquellas empresas en las cuales el aporte de capital del Estado o de una de sus entidades territoriales fuera inferior al cincuenta (50%) no sería ni estatal, ni de particulares, ni "mixta", sino de una naturaleza diferente, no contemplada por la Constitución".

Por lo anterior, teniendo en cuenta lo reglado en el artículo 20 de la ley 599 2000, el procesado tiene la calidad de servidor público, pues el Banco Agrario era una entidad descentralizada del orden nacional y la comisión de las conductas punibles lo hizo en ejercicio de sus funciones, es decir, como subdirector del banco agrario".

En síntesis, en el caso concreto podemos señalar sin duda alguna, que el procesado tiene la condición de servidor público al tenor de lo establecido en el artículo 20 del Código Penal y que por ser el Banco Agrario una empresa de economía mixta del orden nacional, los dineros que allí se manejan pertenecen a bienes del Estado o de empresas o instituciones en que éste tenga parte y por lo tanto devienen públicos.

De otro lado Jorge Adán González Cadena en su condición de cajero del Banco Agrario se apropió de los dineros cuya administración tenencia y custodia le fue confiada por razón y con ocasión de sus funciones.

Esa apropiación fue continuada, pues como se señaló precedente y reiteradamente, se inició a mediados del año 2000 cuando empezó a desarrollar su función como cajero del Banco Agrario y se extendió hasta finales del año 2004, cuando le concedieron vacaciones de manera forzada y quien lo reemplazó advirtió falencias e irregularidades que pusieron de presente los ahorradores del Banco, circunstancia por la que se percibió la defraudación que se puso en conocimiento de las autoridades respectivas.

La Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal, en proceso anteriormente citado señaló lo siguiente¹²:

"[E]l principal rasgo de este fenómeno [el delito continuado], aquello que le da trascendencia, es la unidad de idea delictiva, o la realización de un número plural de actos cometidos en virtud de un previo designio o plan criminoso (L. E. Romero Soto, obra citada, página 330)

"Siendo así, es claro que esa infracción, caracterizada también por ser "un proceso continuado de delitos discontinuos" [A. Reyes Echandía, Tipicidad. Bogotá, Temis, 6ª edición, 1989, página 231], se rige y se consuma en el momento en que se satisface esa finalidad o plan reprochable. Los varios actos, entonces, no son más que expresiones de ese propósito criminoso.¹³

"Y si en esta hipótesis que examina la Corte se configurara el delito continuado, sin duda alguna la legislación utilizable sería la vigente en el momento de la culminación del fin, es decir, el instante de la obtención del objetivo."¹⁴

En consecuencia, como en el asunto estudiado los últimos actos de apropiación mediante los cheques de gerencia falseados los ejecutó la

¹²Proceso No 24184 del 23 de septiembre de 2008, Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal, M.P. JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA.

¹³ A diferencia del "delito permanente", que se identifica porque no hay interrupción del comportamiento, que es prolongado, que no admite solución de continuidad y que implica que se mantenga el estado consumativo.

¹⁴ Cfr. Sentencias de 26 de abril y 7 de septiembre de 2006, radicaciones Nº 22027 y 23790, respectivamente.

acusada el 3 y 17 de septiembre, y el 19 de octubre de 2001, en vigencia de la Ley 599 de 2000 (desde el 24 de julio de 2001), la norma aplicable es ésta y no el Decreto Ley 100 de 1980. (...)"

Por tratarse de un peculado continuado, como se anunció en la resolución de acusación, la cuantía de la defraudación ascendió a \$74.675.032.00., cargos por los que se le residenció en juicio criminal al hoy procesado.

La acción de apoderarse consistió en manejar el dinero como si fuera propio, es decir como señor y dueño. Es importante que señalar que la prueba de la apropiación surge del análisis razonado y concienzudo de las pruebas que obran en el expediente, ya que ellas acreditan que quien recibió los dineros de los distintos ahorradores clientes del Banco fue el hoy procesado, quien dejaba con sus iniciales certificadas las operaciones en las libretas de ahorro correspondientes, dineros que por lo demás no reportó a la contabilidad del Banco, de donde se deduce con elemental lógica que fue éste y no otra persona quien se apropió de los mismos.

Ésa apropiación se realizó por razón y con ocasión de las funciones, como también se extrajo del resumen de su catálogo funcional, pues el cajero entró en posesión material de los mismos es decir que tenía sobre ellos disponibilidad material, circunstancia que aprovechó ilícitamente para apropiárselos dándoles tratamiento del señor y dueño, aspecto que lo ubica en condición de autor y de ninguna manera de cómplice como lo demanda equivocadamente el censor.

Es evidente en consecuencia que la conducta corresponde perfectamente a la que describe el legislador en el tipo penal de peculado por apropiación.

También el comportamiento surge antijurídico desde el punto de vista formal, pues no existe norma penal que no proteja un valor o bien jurídico de importancia en las relaciones de los coasociados. Por ello debido a la simple correspondencia entre la conducta que describe el tipo penal y la realizada por el procesado se predica ese tipo de antijuridicidad. Pero también podemos declarar la existencia de antijuridicidad material, porque Jorge Adán González Cadena con su comportamiento vulneró de manera grave el deber de fidelidad de los servidores públicos encargados de administrar o custodiar bienes del Estado o de Instituciones en que este tenga parte, con la honradez y la eficacia que le eran exigibles.

También la conducta emerge culpable, por culpabilidad dolosa, pues el agente conocía los hechos constitutivos de la infracción penal y quiso consciente y voluntariamente su realización.

Por todas esas consideraciones la Sala entiende que la conducta constituye comportamiento punible, según las voces del artículo 9° del Código Penal y por tanto el procesado se hace acreedor a las cargas que por dicha responsabilidad se han establecido.

De la rebaja de pena por confesión.

Como se dijo en el acápite probatorio, no es cierta la afirmación del señor defensor referida a que los dichos de su patrocinado constituyen confesión. Recuérdese que confiesa en materia penal, la persona que admite su participación y por ende su responsabilidad en un comportamiento delictual, a sabiendas que ello le acarrearán las sanciones penales condignas.

El procesado no admitió ser el autor del comportamiento que se investigó, pues tozudamente señaló que no se apropió de los dineros que los clientes depositaban en el Banco y que el “descuadre” se originó en falta de capacitación y experiencia para desempeñar la labor. Eso significa que jamás admitió en su primera salida procesal ser responsable de la comisión de la conducta punible de peculado por apropiación y por lo

tanto ninguna rebaja de pena merece, como equivocadamente lo entiende y demanda el señor defensor, lo decimos con respeto.

De la prisión domiciliaria.

Este instituto está establecido en el artículo 38 del Código Penal y para su procedencia exige el cumplimiento de los siguientes requisitos:

1. Que la sentencia se imponga por conducta punible cuya pena mínima prevista en la ley sea de cinco (5) años de prisión o menos y,
2. Que el desempeño personal, laboral, familiar o social de sentenciado permita al juez deducir seria, fundada y motivadamente que no colocara en peligro a la comunidad y que no evadirá el cumplimiento de la pena.

Eso significa, como lo tiene sentado la jurisprudencia y la doctrina, que es necesario cumplir con el requisito objetivo de la cantidad y calidad de la pena y también con los restantes requisitos de orden subjetivo.

Recuérdese que el salario mínimo legal vigente para el año 2004 era de \$358.000.00 lo que significa que la suma apropiada equivalía a 208 salarios mínimos. Por ello la sanción a imponer era la del inciso segundo del artículo 397 del Código Penal, que implicaba un incremento hasta en la mitad de la pena señalada en el inciso primero. Sin embargo el señor juez de primera instancia impuso la pena mínima del inciso primero de seis (6) años que equivale a setenta y dos (72) meses, esto es el extremo mínimo del cuarto mínimo. En tales condiciones la Sala no puede hacer más gravosa la situación del apelante único en desmedro del principio de la no reforma peyorativa.

Esta circunstancia también obliga concluir que la pena mínima benigna mal impuesta por el señor Juez de primera instancia supera la de cinco años que exige el legislador en el numeral primero del artículo 38 del Código Penal. En consecuencia, por este solo aspecto se impone negar el Instituto de la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión y por ende deviene inane el estudio de los requisitos subjetivos consignados en el numeral segundo de la misma disposición.

De la contestación a los alegatos del señor defensor.

La Sala a lo largo de la providencia ha contestado todas y cada una de las objeciones formuladas en el escrito impugnatorio, por lo que a esas respuestas nos remitimos.

Por último se precisa que la Sala no se ocupará de examinar otras determinaciones adoptadas en la sentencia de primera instancia en estricta observancia del principio de limitación, en razón a que no fueron objeto de impugnación por lo que sin más consideraciones se impone confirmar la providencia impugnada, con las precisiones efectuadas a lo largo de este proveído...”

(...)

Magistrado: EDGAR KURMEN GÓMEZ

Providencia: Apelación Auto Interlocutorio / 28 de Junio de 2013

Radicación: 2013-0109-01

Proceso: FABRICACIÓN, TRÁFICO O PORTE DE ARMAS DE FUEGO O MUNICIONES

Condenado: Cesar Orlando Murcia Murcia

DESCRIPTOR: FABRICACIÓN, TRÁFICO O PORTE DE ARMAS DE FUEGO O MUNICIONES

RESTRICCIÓN: Preacuerdo/ Fiscalía/ Legalidad del Preacuerdo- Control judicial/

TESIS: ...” La problemática a la que se contrae el asunto puesto a consideración de la sala consiste en determinar si en virtud de los preacuerdos y negociaciones es posible otorgar una rebaja de penas al procesado por la vía de la aceptación de una causal de atenuación sin anclaje probatorio.

Con ese propósito la Sala creó oportuno referirse a: (i) los mecanismos de justicia consensuada; (ii) al principio de legalidad, tipicidad, y rol que cumple el juez de conocimiento frente a los preacuerdos y negociaciones; y (iii) de las puntualizaciones pertinentes y conclusiones frente al caso de autos.

1.- De los mecanismos de justicia consensuada.

Conforme lo prevé el artículo 2° de la Constitución Política de Colombia, entre los fines esenciales del Estado está el de facilitar la participación de todos los ciudadanos en las decisiones que los afectan, postulado que se evidencia en la adopción del modelo de justicia penal acusatoria contenido en la ley 906 de 2004, en tanto el procesado puede participar en la definición de su responsabilidad penal, cuando de manera libre, voluntaria, espontánea y con el debido asesoramiento renuncia al derecho a no autoincriminarse y a tener un juicio público, oral, contradictorio, concentrado, imparcial, con inmediación de las pruebas y sin dilaciones injustificadas, en el cual pueda, si así lo desea, por sí mismo o por conducto de su defensor, interrogar en audiencia a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia, de ser necesario aún por medios coercitivos, de testigos o peritos que puedan arrojar luz sobre los hechos objeto del debate. (Literales b y k artículo 8° del C. P. P.).

Bien es sabido que la Fiscalía General de la Nación es la titular de la acción penal, en tanto le corresponde, entre otras múltiples funciones, la de investigar y acusar a los presuntos responsables de la comisión de conductas catalogadas como delictuales. En desarrollo de su función, al órgano persecutor se le dotó de una pluralidad de herramientas tendientes a buscar mecanismos de terminación adelantada del proceso con base en el poder dispositivo reglado que de la acción penal ostenta.

Dentro de los mecanismos de terminación anticipada del proceso el Legislador Colombiano estableció los preacuerdos y negociaciones como manifestación de una justicia consensuada o los allanamientos como expresión de una justicia premial.

Es obvio que por tratarse de mecanismos de justicia consensuada, los preacuerdos y negociaciones son fruto del consenso entre la fiscalía y el imputado o acusado, en tanto que el allanamiento a cargos es producto de la manifestación de voluntad unilateral del imputado o acusado frente a los cargos que le han sido formulados.

El artículo 348 del C.P.P., establece que "con el fin de humanizar la actuación procesal y la pena; obtener pronta y cumplida justicia; activar la solución de los conflictos sociales que genera el delito; propiciar la reparación integral de los perjuicios ocasionados con el injusto y lograr la participación del imputado en la definición de su caso, la fiscalía y el imputado o acusado podrán llegar a preacuerdos que impliquen la terminación del proceso.

El funcionario, al celebrar los preacuerdos, debe observar las directivas de la Fiscalía General de la nación y las pautas trazadas como política criminal, a fin de prestigiar la administración de justicia y evitar su cuestionamiento"

Dos son los momentos que el legislador contempla para la procedencia de los preacuerdos: el primero desde la audiencia de formulación de imputación y hasta antes de ser presentado el escrito de acusación (artículo 350 del C. P. P.) y el segundo, después de presentada la acusación y hasta el momento en que sea interrogado el acusado al inicio del juicio oral sobre la aceptación de su responsabilidad (artículo 352 C. P. P.), que desde luego implican diferente rebaja punitiva teniendo en cuenta la celeridad y

oportunidad de la colaboración con la justicia, con la consiguiente abreviación de los trámites procesales y por la mayor o menor disminución de los costos que asume y soporta la administración de justicia.

Una interpretación de las normas que ritúan los preacuerdos y las negociaciones, en especial del artículo 350 del C. P. P., en armonía con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, nos permiten arribar a las siguientes conclusiones:

- La fiscalía y el imputado o acusado podrán acordar la eliminación de una circunstancia de agravación; la concesión de una circunstancia atenuante; la tipificación de la conducta de una forma específica con miras a disminuir la pena; la imputación subjetiva favorable; la degradación del grado de participación en la conducta o de la forma de ejecución del reato; incluso es posible cuando se esté en presencia de concurso de conductas punibles, eliminar algún cargo específico. El legislador preceptúa que si hubieren cambios favorables para el imputado con relación a la pena por imponer, "esto constituirá la única rebaja compensatoria por el acuerdo". (Inciso 2º del art. 351 C.P.P.).
- No solamente se puede preacordar sobre los hechos imputados sino también sobre "sus consecuencias" lo que implica que la Fiscalía General de la Nación y el imputado o acusado pueden consensuar la pena y los subrogados penales. Si dentro de los límites legales se acuerda la cantidad determinada y concreta de pena a imponer, es obvio que tal determinación "obliga(n) al juez de conocimiento", salvo claro está, que el acuerdo desconozca o quebrante las garantías fundamentales.
- También es posible preacordar el porcentaje de rebaja de pena que tendría el imputado por la asunción de responsabilidad negociada, caso en el cual al dosificar la pena el juez aplicará el sistema de cuartos y obviamente los criterios que establece el Código Penal para la debida ponderación e imposición de las sanciones punitivas.

2.- Del principio de legalidad y del rol que cumple el Juez de conocimiento frente al preacuerdo.

La Corte Suprema de Justicia ha señalado, como se verá más adelante, con base en decisión jurisprudencial, lo siguiente:

1.- El principio de legalidad hace referencia a que el fiscal no puede desconocer de ninguna manera el núcleo básico del comportamiento delictual que determina la correcta adecuación típica del comportamiento, a tal punto que como lo dice la Corte Constitucional en sentencia C-1260 del 5 diciembre 2005, al declarar exequible condicionadamente el numeral segundo del artículo 350 del C. P. P., "El fiscal, en ejercicio de esta facultad, no puede crear tipos penales; y que en todo caso, a los hechos invocados en su alegación conclusiva no se les puede dar sino la calificación jurídica que corresponda conforme a la ley preexistente". No sobra advertir que la correcta adecuación típica implica la referencia a todas las circunstancias específicas que agraven o atenúe la punibilidad.

La Corte Constitucional¹⁵ así se pronunció:

"(...)

"cuando el numeral acusado refiere a que el fiscal podrá adelantar conversaciones para llegar a un acuerdo-preacuerdos desde la audiencia de formulación de imputación- en el que el imputado se declarará culpable del delito imputado, o de uno relacionado con pena menor, a cambio de que el fiscal "Tipifique la conducta, dentro de su alegación conclusiva, de una forma

¹⁵ Sentencia C-1260 del 5 diciembre 2005

específica con miras a disminuir la pena", no se refiere a la facultad del fiscal de crear nuevos tipos penales, pues tratándose de una norma relativa a la posibilidad de celebrar preacuerdos entre la fiscalía y el imputado, la facultad del fiscal en el nuevo esquema procesal penal está referida a una labor de adecuación típica, según la cual, se otorga al fiscal un cierto margen de apreciación en cuanto a la imputación, pues con miras a lograr un acuerdo se le permite definir si puede imputar una conducta o hacer una imputación que resulte menos gravosa; pero de otro lado, en esta negociación el fiscal no podrá seleccionar libremente el tipo penal correspondiente sino que deberá obrar de acuerdo con los hechos del proceso. La facultad otorgada al fiscal de tipificar la conducta con miras a disminuir la pena es una simple labor de adecuación y no de construcción del tipo penal por el mismo. Las normas positivas deben consagrar previamente las conductas punibles y concretar igualmente las sanciones que serán objeto de aplicación por el fiscal. Por ende, se cumple a cabalidad con el principio de legalidad penal cuando se interpreta en correspondencia con el de tipicidad plena o taxatividad en la medida que la labor, en este caso del fiscal, se limita a verificar si una determinada conducta se enmarca en la descripción típica legal previamente establecida por el legislador o en una relacionada de pena menor. En conclusión, la Corte declarará la exequibilidad del numeral 2°, del artículo 350 de la ley 906 de 2004, que dispone que "Tipifique la conducta de su alegación conclusiva, de una forma específica con miras a disminuir la pena", en el entendido que el fiscal no puede en ejercicio de esta facultad crear tipos penales; y en todo caso, a los hechos invocados en su alegación conclusiva no se les puede dar sino la calificación jurídica que corresponda conforme a la ley penal preexistente".

Eso significa que el fiscal debe declarar cuál es el comportamiento que realmente ocurrió con base en los hechos acontecidos, y a partir de esa declaración señalar en qué consiste la degradación de la responsabilidad en beneficio del procesado, para que éste acepte el preacuerdo con los fines establecidos en el artículo 348 del C. P. P..

De otra parte es necesario precisar que el artículo 448 de la codificación adjetiva establece el principio de congruencia al señalar que "el acusado no podrá ser declarado culpable por hechos que no consten en la acusación, ni por delitos por los cuales no se ha solicitado condena". El cabal entendimiento del principio de congruencia, parte del supuesto de señalar que los hechos imputados son inmutables en tanto que es posible efectuar ajustes de tipificación del comportamiento y sus modalidades, en la medida en que la construcción del proceso de conocimiento se perfecciona. Eso significa que si bien es cierto la congruencia es de carácter fáctico y jurídico, no lo es menos que los hechos imputados no pueden ser de ninguna manera modificados, en tanto que la calificación que a éstos se les dé es susceptible de perfeccionamiento en la medida en que el proceso de construcción y elaboración del conocimiento mediante el acopio de elementos materiales probatorios y evidencias físicas así lo determinen.

2.- A partir de la correcta imputación circunstanciada, el fiscal puede excluir causales de agravación punitiva, o algún cargo específico o tipificar el comportamiento con miras a disminuir la punición y corresponde a las demás partes e intervinientes hacer una ponderación del costo beneficio que acarrea la negociación.

3.- Es deber del Juez de conocimiento frente a los mecanismos de justicia consensuada (preacuerdos y negociaciones) o premial (allanamientos) conforme a los artículos 131 y 368 inciso 1° del C.P.P., verificar que se trata de una decisión libre, consciente, voluntaria, debidamente informada, asesorada por la defensa, para lo cual será imprescindible el interrogatorio personal del imputado o procesado. El artículo 354 del C. P. P., preceptúa que serán inexistentes los acuerdos realizados sin la asistencia del defensor y a su vez los artículos 351 y 368 inciso segundo ibídem, señalan que los preacuerdos celebrados entre fiscalía y acusado obligan al juez de conocimiento, salvo que ellos desconozcan o quebranten las garantías fundamentales, caso en el cual el juez debe rechazar la alegación de culpabilidad y adelantar el procedimiento como si hubiese habido una alegación de no culpabilidad.

Por último es indispensable recabar que deben existir elementos materiales probatorios y evidencias físicas que permitan derruir la presunción de inocencia.

4.- En consecuencia no le quedará camino diferente al juez de conocimiento que improbar el acuerdo o decretar la nulidad total o parcial del mismo, cuando advierta en su conformación vicios de estructura o de garantía, o errores de legalidad.

La Corte Suprema de Justicia¹⁶ efectuó las siguientes puntualizaciones en referencia a los parámetros del preacuerdo así:

(...) “Los preacuerdos y negociaciones entre la fiscalía y el imputado o acusado. ¿Los parámetros del preacuerdo?

El problema jurídico radica entonces en saber **¿cuál es la circunspección del fiscal a la hora de celebrar un preacuerdo?**, tema que resulta definitivo a la hora de celebrarlos:

Cuando la Corte Constitucional revisó el numeral segundo del artículo 350 de la Ley 906 de 2004, referido a los preacuerdos sobre los términos de la imputación, en sentencia C-1260 de 2005, avaló de forma condicionada la norma impugnada, en favor de la legalidad de los preacuerdos entre la fiscalía y la defensa.

El argumento del fallo de constitucionalidad radica en que es permitido a la Fiscalía tipificar [Léase **imputar**] la conducta dentro de su alegación conclusiva de forma específica con miras a disminuir la pena y es permitido eliminar [**no imputar, excluir**] alguna causal de agravación punitiva o algún cargo específico, bajo el supuesto de que no puede darles a los hechos sino la calificación jurídica que verdaderamente corresponda [Léase **imputación jurídica circunstanciada**].

Se trata –insiste la Sala- de hacer una negociación de la imputación bajo los presupuestos de legalidad penal, tipicidad plena, transparencia y lealtad con la Administración de justicia.(...)”

Y más adelante agregó:

(...) “1.6.7. La Corte Constitucional sentenció que en el nuevo esquema procesal penal el fiscal tiene un cierto margen... con miras a lograr un acuerdo:

“...se le permite [al fiscal] definir si puede imputar una conducta o hacer una imputación que resulte menos gravosa; pero de otro lado, en esta negociación el Fiscal no podrá seleccionar libremente el tipo penal correspondiente sino que deberá obrar de acuerdo con los hechos del proceso.

...aquel [el fiscal] no tiene plena libertad para hacer la adecuación típica de la conducta [léase imputar], pues se encuentra limitado por las circunstancias fácticas y jurídicas que resultan del caso. Por lo que, aún mediando una negociación entre el fiscal y el imputado, en la alegación conclusiva debe presentarse la adecuación típica de la conducta según los hechos que correspondan a la descripción que previamente ha realizado el legislador en el Código penal¹⁷. (Destaca la Sala).

En suma, la Corte Constitucional declaró exequible la facultad del fiscal para IMPUTAR la(s) conducta(s) en el preacuerdo al que se refiere el artículo 350 de la Ley 906, **siempre y cuando** se adelante esa labor de manera

¹⁶ Proceso con radicación 27759, del 12 septiembre 2007 con ponencia del Honorable Magistrado Alfredo Gómez Quintero.

¹⁷sentencia C-1260 de 2005

consecuente con los principios de legalidad penal, tipicidad plena o taxatividad, pues en últimas “...a los hechos invocados en su alegación conclusiva no les puede dar sino la calificación jurídica que corresponda conforme a la ley penal preexistente” (se destaca).

1.6.8. Al hilo de las posturas en esta materia (preacuerdo sobre los términos de la imputación) la Sala Penal de la Corte es del criterio de que el presupuesto del preacuerdo consiste en **no soslayar el núcleo fáctico de la imputación que determina una correcta adecuación típica, que incluye obviamente todas las circunstancias específicas, de mayor y menor punibilidad, que fundamentan la imputación jurídica**: Imputación fáctica y jurídica circunstanciada.

Sólo a partir de ese momento, tanto el fiscal como la defensa tienen perfecto conocimiento de qué es lo que se negocia (los términos de la imputación), y cuál es el precio de lo que se negocia (el decremento punitivo).

Por ello, a partir de establecer correctamente lo que teóricamente es la imputación fáctica y jurídica precisa, resulta viable entrar a **negociar los términos de la imputación**:

Es el momento en que pueden legalmente el fiscal y la defensa entrar a **preacordar las exclusiones en la imputación** porque ya pueden tener idea clara –uno y otro- de lo que ello implica en términos de rebajas punitivas.

Establecida correctamente la imputación (imputación circunstanciada) podrá –el fiscal- de manera consensuada, razonada y razonable excluir causales de agravación punitiva, excluir algún cargo específico o tipificar la conducta dentro de la alegación conclusiva de una manera específica con miras a morigerar la pena y podrá –la defensa, la fiscalía, el Ministerio Público y las víctimas- mensurar el costo / beneficio del preacuerdo.

Todo ello dentro de la legalidad, dentro de márgenes de razonabilidad jurídica, es decir, sin llegar a los extremos de convertir el proceso penal en un festín de regalías que desnaturalizan y desacreditan la función de Administrar justicia, en un escenario de impunidad, de atropello a la verdad y al derecho de las víctimas de conocer la verdad.

El parámetro de la negociación de los términos de la imputación **no es la impunidad**; el referente del fiscal y de la defensa **es la razonabilidad en un marco de negociación que no desnaturalice la Administración de justicia**.(...)”

3.- De las puntualizaciones pertinentes y conclusiones frente al caso de autos.

En el acta que contiene el preacuerdo se señaló textualmente lo siguiente:

"Con base en los elementos materiales de prueba y evidencia física, e información legalmente obtenida, el acusado señor CÉSAR ORLANDO MURCIA, manifiesta que ACEPTA LOS CARGOS, como AUTOR de la conducta punible de FABRICACIÓN, TRÁFICO O PORTE DE ARMA DE FUEGO O MUNICIONES, conducta ésta consagrada en el libro I, título XII, capítulo II, art. 365 modificado pro (sic) el Art. 19 de la ley 1453 de 2011, que tiene una pena de prisión de nueve (9) a doce (12) años, esto atendiendo en la modalidad de portar armas de fuego de defensa personal, y a cambio de esa aceptación la fiscalía le reconoce que la conducta la desarrolló, bajo circunstancias de marginalidad, ignorancia o pobreza extrema consagrada en el Art. 56 del C. P., (...)"

Si se verifican los hechos contenidos en el preacuerdo y los imputados en la correspondiente audiencia de verificación, así como los contenidos en el escrito de acusación y en la correspondiente audiencia, fácil se advierte que son los mismos que desde un principio le fueron imputados y que por tanto han permanecido invariables.

Al procesado le fue atribuida la tenencia de una escopeta artesanal de doble cañón con cartuchos de 12 mm, con la que fue sorprendido el 1° de marzo de 2012 a las seis de la tarde, cuando algunos vecinos se quejaron por los disparos que éste hacía contra animales salvajes.

La correcta adecuación del comportamiento corresponde a la descrita en el artículo 365 del Código Penal con la modificación contenida en el artículo 19 de la ley 1453 de 2011, por lo que se puede decir, sin lugar a equivocaciones, que el núcleo básico de la acusación no fue variado por el fiscal de la causa en perfecto acatamiento al principio de legalidad de ese delito y de su pena.

Además correctamente se entendió, que la conducta circunstanciada se tipificaba en esta norma y que a cambio de la aceptación de los cargos, la fiscalía le reconocía la circunstancia de atenuación contenida en el artículo 56 del Código Penal, que desde luego no tiene anclaje probatorio y que se reconoce en desarrollo de la facultad otorgada a la Fiscalía General de la Nación, para lograr los preacuerdos, morigerando la punición.

Recuérdese que los preacuerdos y negociaciones conllevan un porcentaje de impunidad residual, en tanto que con el propósito de eliminar el trámite procesal y los costos que se generan para la administración de justicia es posible aceptar una responsabilidad atenuada, con base en la justicia consensuada a la que se llega por la vía de los preacuerdos y negociaciones.

En el caso de autos y atendiendo a los fines del artículo 348 del C. P. P., la sala estima que se cumplen todas las finalidades que informan los preacuerdos y negociaciones entre la fiscalía y el imputado o acusado. Sin embargo se precisa que con el acuerdo no se causa detrimento a la administración de justicia, sino que por el contrario se aprestigia, porque se trata de un campesino prácticamente analfabeta, que si bien es cierto puso en peligro el bien jurídico de seguridad ciudadana, no lo es menos que la actividad a la que se dedicaba el día en que fue capturado con su escopeta, era la de cazar animales silvestres.

Ello denota que no estaba intimidando a sus vecinos ni ocasionando problemas, sino que por el contrario su arma de fuego era utilizada para proveerse el sustento necesario para él y para su familia. No se trata en consecuencia de un delito que conmocione a la sociedad ni que cause mayor alarma a sus congéneres.

Considera el Tribunal que el preacuerdo aprestigia a la administración de justicia y que no conduce a cuestionamientos indebidos, por los aspectos puntualizados en precedencia.

Por todas esas consideraciones estimamos que la providencia impugnada debe ser revocada, aprobando en su lugar el preacuerdo por lo dicho en precedencia....”

En consecuencia el señor juez deberá convocar la audiencia para dictar la sentencia correspondiente, en los términos del preacuerdo en el que en específico se debe tener en cuenta la circunstancia de atenuación contenida en el artículo 56 del Código Penal.

...(...)...

Magistrada: LUZ ANGELA MONCADA SUÁREZ
Providencia: Apelación Sentencia / 08 de Agosto de 2012
Radicación: 150016000133200600132 (10-0844).
Proceso: ACTOS SEXUALES CON MENOR DE CATORCE AÑOS/
Denunciante:
Denunciado: ALVARO LATORRE FORERO

DESCRIPTOR: ACTOS SEXUALES CON MENOR DE CATORCE AÑOS/

RESTRICTOR: TESTIMONIO DEL MENOR VÍCTIMA

TESIS: ...” La Sala ha escuchado con detenimiento la prueba testimonial sobre la situación fáctica, con atención en los detalles que cada uno de los declarantes narra, de la cual se hiciera el resumen que antecede, con observancia de la forma como se practicó, por lo que se valorará en su real dimensión, con apego a las reglas de la sana crítica, cuya apreciación integral será indispensable para la formación de un juicio acerca de lo ocurrido, como lo ha establecido la ley, la jurisprudencia y la doctrina sobre la apreciación de la prueba testimonial específicamente en los delitos sexuales.

Sobre la apreciación del testimonio, el artículo 404 de la ley 906 de 2004, señala:

“Para apreciar el testimonio, el juez tendrá en cuenta los principios técnico científicos sobre la percepción y la memoria y, especialmente, lo relativo a la naturaleza del objeto percibido, al estado de sanidad del sentido o sentidos por los cuales se tuvo la percepción, las circunstancias de lugar, tiempo y modo en que se percibió, los procesos de rememoración, el comportamiento del testigo durante el interrogatorio y el contrainterrogatorio, la forma de sus respuestas y su personalidad.”

E igualmente, el precedente jurisprudencial citado por el apelante y reiterado en pronunciamientos posteriores, sobre el testigo directo de los hechos, especialmente cuando es menor de edad y es la víctima de delito sexual, ha dicho lo siguiente¹⁸:

“Conviene recordar que, tal como lo ha sostenido la Corte, el testimonio de los menores está sujeto, en su valoración, como lo está cualquier otro testimonio a los postulados de la sana crítica y a su confrontación con los demás elementos probatorios. Concretamente, tratándose de testimonios rendidos por menores de edad que han sido objeto de abusos sexuales, la Sala ha afirmado:

“Estudios recientes realizados por profesionales de esas áreas, indican que no es cierto que el menor, a pesar de sus limitaciones, no tiene la capacidad de ofrecer un relato objetivo de unos hechos y muy especialmente cuando lo hace como víctima de abusos sexuales¹⁹.

De acuerdo con investigaciones de innegable carácter científico, se ha establecido que cuando el menor es la víctima de atropellos sexuales su dicho adquiere una especial confiabilidad. Una connotada tratadista en la materia, ha señalado en sus estudios lo siguiente:

*‘Debemos resaltar, que una gran cantidad de investigación científica, basada en evidencia empírica, sustenta la habilidad de los niños/as para brindar testimonio de manera acertada, en el sentido de que, **si se les permite contar su propia historia con sus propias palabras y sus propios términos pueden dar testimonios altamente precisos de cosas que han presenciado o experimentado**, especialmente si son personalmente significativas o emocionalmente salientes para ellos. Es importante detenerse en la descripción de los detalles y obtener la historia más de una vez ya que el relato puede variar o pueden emerger nueva información. **Estos hallazgos son valederos aún para niños de edad preescolar, desde los dos años de edad.** Los niños pequeños*

¹⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 5 de noviembre de 2008, rad. 30305, M.P. Augusto J. Ibáñez Guzmán. En igual sentido, sentencia de la misma fecha, rad. 29053, M.P. José Leonidas Bustos Martínez.

¹⁹ “La credibilidad del testimonio infantil ante supuestos de abuso sexual: indicadores psico sociales”, tesis doctoral presentada por Josep Ramón Juárez López, ante la Universidad de Girona, Italia, año 2004.

pueden ser lógicos acerca de acontecimientos simples que tienen importancia para sus vidas y sus relatos acerca de tales hechos suelen ser bastante precisos y bien estructurados. Los niños pueden recordar acertadamente hechos rutinarios que ellos han experimentado tales como ir a un restaurante, darse una vacuna, o tener un cumpleaños, como así también algo reciente y hechos únicos. Por supuesto, los hechos complejos (o relaciones complejas con altos niveles de abstracción o inferencias) presentan dificultad para los niños. Si los hechos complejos pueden separarse en simples, en unidades más manejables, los relatos de los niños suelen mejorar significativamente. Aún el recuerdo de hechos que son personalmente significativos para los niños pueden volverse menos detallistas a través de largos períodos de tiempo.

(...)

El diagnóstico del Abuso Sexual Infantil se basa fuertemente en la habilidad del entrevistador para facilitar la comunicación del niño, ya que frecuentemente es reacio a hablar de la situación abusiva...²⁰.

A partir de investigaciones científicas como la anterior, se infiere que el dicho del menor, por la naturaleza del acto y el impacto que genera en su memoria, adquiere gran credibilidad cuando es la víctima de abusos sexuales.

Por otro lado, la tendencia actual en relación con la apreciación del testimonio del infante víctima de vejámenes sexuales es contraria a la que se propugna en el fallo impugnado, atendido el hecho de que el sujeto activo de la conducta, por lo general, busca condiciones propicias para evitar ser descubierto y, en esa medida, es lo más frecuente que sólo se cuente con la versión del ofendido, por lo que no se puede despreciar tan ligeramente.

Pero, además, desconocer la fuerza conclusiva que merece el testimonio del menor víctima de un atentado sexual, implica perder de vista que dada su inferior condición –por encontrarse en un proceso formativo físico y mental- requiere de una especial protección, hasta el punto de que, como lo indica expresamente el artículo 44 de la Carta Política, sus derechos prevalecen sobre los demás y, por lo tanto, su interés es superior en la vida jurídica²¹.

Es decir, en todo caso las declaraciones del menor víctima de delito sexual, merecen un especial estudio para poder formar un convencimiento razonado de los que en ellas se dice. Cuando se afirma que los testimonios de las víctimas, especialmente en delitos sexuales o cuando el afectado es un menor de edad, deben ser valorados de una forma especial, no significa que se configure una especie de presunción de veracidad, ni de tarifa probatoria, sino que deben ser estudiados y analizados con mayor detenimiento por el fallador.

(...).

ALVARO LATORRE FORERO fue acusado y absuelto en primera instancia del delito de Actos Sexuales con Menor de Catorce Años, descrito en el artículo 209 del C.P., por hechos ocurridos en el año 2006.

Dicha norma señala:

“Art. 209. El que realizare actos sexuales diversos del acceso carnal con persona menor de catorce (14) años o en su presencia, o la induzca a prácticas sexuales, incurrirá en (...)”

Para proferirse sentencia condenatoria, de conformidad al artículo 381 del C. de P.P., ley 906 de 2004, se requiere el conocimiento más allá de toda duda, acerca del

²⁰ “Violencia familiar y abuso sexual”, capítulo “abuso sexual infantil”. Compilación de Viar y Lamberti. Ed. Universidad del Museo Social de Argentina, 1998.

²¹ Sentencia del 26 de enero de 2006 (radicado 23.706). También puede consultarse la sentencia del 13 de marzo de 2008 (radicado 27.413).

delito y de la responsabilidad penal del acusado, fundado en las pruebas debatidas en el juicio, no pudiéndose fundamentarse exclusivamente en pruebas de referencia.

Y por mandato constitucional, artículo 29 de la C.P., y legal, artículo 7 del C. de P.P., en respeto del principio de presunción de inocencia, en las actuaciones penales toda duda debe resolverse a favor del procesado.

El conocimiento más allá de toda duda, se refiere a un conocimiento racional, es decir, de una convicción que a la luz de la razón pueda ser defendida socialmente como la más probable, cuya base de objetividad surge en la medida que a la conclusión que arriba el fallador, debe arribar cualquier persona que conozca que llegue al conocimiento del caso.

Así mismo, la duda que se predica en derecho, debe ser igualmente una duda razonable, no una duda derivada de la no comprobación empírica. Es decir, una duda que puede formarse en cualquier ciudadano promedio, mediante el estudio lógico y razonable de los medios de prueba.

En el presente caso, no se tiene ese convencimiento más allá de toda duda, que permita estructurar un juicio sobre la conducta punible por la que se formularan los cargos, y la responsabilidad penal y de la cual edificó la Fiscalía la teoría del caso, con suficiente fuerza probatoria, porque existe la duda sin manera de desvirtuarla con las pruebas que obran en el plenario y de las que se hizo la valoración en precedencia.

No se puede descartar de plano que el acusado hubiera cometido ciertos comportamientos de abuso sexual con la menor K.J.R.J., pero igualmente tampoco se puede afirmar con seguridad que tales hechos ocurrieran como los dio a conocer la menor, y que ALVARO LATORRE FORERO sea penalmente responsable. Es decir, estamos frente a una duda razonable surgida de la incertidumbre que en el caso concreto origina la falta de credibilidad del testimonio de la menor K.J., no solamente por sus inconsistencias en su contenido sino porque fue ampliamente controvertido su testimonio, sin existir elemento de prueba que ratifique que la conducta punible se realizó, siendo ella la única testigo directo de los hechos denunciados.

Esa duda debe resolverse a favor del procesado en aplicación del principio del in dubio pro reo, como bien lo señalara la sentencia de primer grado, duda que como se ha dicho, no surge de eliminar el testimonio de la menor ante la falta de coincidencia entre sus diferentes narraciones que hiciera de los hechos, como lo hiciera la juez a quo al hacer la valoración probatoria, sino de la confrontación con las demás pruebas practicadas.

Por tanto, no era posible emitirse una sentencia condenatoria en contra de ALVARO LATORRE FORERO por no tenerse el conocimiento más allá de toda duda acerca de la conducta punible de los actos sexuales abusivos ni de la responsabilidad penal del acusado, por lo que hizo bien la primera instancia en absolverlo.

Si bien es cierto, en el presente caso están en conflicto dos intereses, el superior de la menor presuntamente víctima de abuso sexual por el docente LATORRE, y el de la garantía de la duda a favor del procesado; dignidad de la presunta víctima y presunción de inocencia del acusado; también lo es, que como presupuesto ineludible para proferirse una sentencia de condena debe existir la certeza del punible y de la responsabilidad penal, lo cual no se actualiza en este asunto, luego prevalece la garantía del in dubio pro reo.

Ahora bien, en el presente caso, debemos precisar que la formulación de imputación ocurrió el 13 de abril de 2007, ante el Juzgado Primero Penal con función de control de garantías de Tunja, como quedó reseñado en el acápite de la actuación procesal, y que el juicio se dilató por varias razones, entre otras, los diferentes cambios de funcionario judicial que hicieron que se invalidara el juicio y se repitiera, y que el recurso de apelación contra la sentencia de primer grado no fue resuelto dentro del término legal, no por negligencia de esta Sala de Decisión, sino por el cúmulo de procesos a decidir en los dos sistemas, ley 600 de 2000 y ley 906 de 2004, a cargo de la Magistrada Ponente, existiendo prelación de otros asuntos como los procesos con preso, acciones de tutela, y procesos en turno de mayor tiempo de entrada al Despacho.

Lo anterior hizo, que el término de prescripción, interrumpido con la formulación de imputación de conformidad al artículo 86 del C.P., modificado por el inciso 1 de la ley 890 de 2004, operara antes de decidirse el recurso de apelación contra la sentencia absolutoria de primer grado, al haber transcurrido más de cinco años desde la formulación de imputación, porque la pena que señalaba el artículo 209 del C.P. para el delito de actos sexuales con menor de catorce años era de 3 a 5 años, aumenta en una tercera parte en el mínimo y la mitad en el máximo, según lo previsto en el artículo 14 de la ley 890 de 2004, esto es, de 4 años a 7 años y 6 meses, vigente para la fecha de los hechos, antes de la reforma de la ley 1236 de 2008.

Sin embargo, como la sentencia de primera instancia es absolutoria, y al hacerse el examen de los aspectos impugnados sobre la valoración probatoria, se ha concluido que le asiste razón al juez a quo al advertir la duda sobre la conducta punible y responsabilidad del procesado que hacía procedente la absolució, en garantía de los derechos fundamentales del acusado, entre estos, el de la honra y el buen nombre, siendo más benéfica la exoneración de responsabilidad que la declaratoria de prescripción, deberá confirmarse la absolució prevaleciendo ésta a la declaratoria de prescripción de la acción penal.

Sobre la prevalencia de la absolució sobre la prescripción, la jurisprudencia se ha pronunciado en diferentes fallos²², retomando la postura de años atrás (1947). De la línea jurisprudencial sobre el tema, se pronunció en la sentencia del 16 de mayo de 2007²³, y desde entonces se ha mantenido el criterio. Y si bien es cierto, la Corte Suprema de Justicia ha reiterado en los últimos tiempos la prevalencia de la absolució sobre la prescripción, cuando ya ha existido una valoración probatoria en primera y/o segunda instancia de la que se deduce la absolució, dándole algún valor como lo dice la misma jurisprudencia a la decisión de instancia por haber ocurrido la prescripción con posterioridad a la misma, a menos que se concluya que el procesado en efecto es responsable y deba operar la prescripción; que no es lo que ocurre en el presente caso porque la prescripción ocurre después de la sentencia apelada y que fue absolutoria; también lo es, como también lo ha dicho la misma jurisprudencia, debe consultarse el caso en particular y la decisión debe consultar adecuadamente los principios básicos de justicia y los valores de la Constitución de 1991.

Por tanto, de conformidad a aquellos principios y valores, en el presente caso, no es lo mismo declararle prescrita la acción penal al acusado al Estado perder la potestad de juzgársele por el paso del tiempo, que absolversele, al haberse sido examinado de fondo el asunto por la primera instancia llegando a aquella conclusió que fue ratificada ahora por la segunda instancia, estando de paso en juego los derechos fundamentales a la dignidad, la honra, el buen nombre.

En consecuencia, considera la Sala que en el presente caso se debe optar por la solución que manera más acabada restituya al acusado los derechos puestos en tela de juicio, como lo ha reiterado la jurisprudencia en las providencias en cita, por lo que no cabe duda, que aquella es la confirmación de la sentencia de primera instancia, porque a la misma conclusió se llegó al valorarse la prueba por esta instancia, sobre la absolució del procesado, sin que se desconozca con esto el debido proceso, ante el parangón de derechos fundamentales en referencia y obligación de garantía y restablecimiento de los mismos.

En conclusió, se confirmará la sentencia absolutoria de primer grado.

²² Entre otros: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencias: mayo 16 de 2007, rad. 27734, M.P. Sigifredo Espinosa Pérez; septiembre 26 de 2007, rad. 28067, M.P. María del Rosario González de Lemos; septiembre 17 de 2008, rad. 29832, M.P. Augusto Ibáñez Guzmán; octubre 29 de 2008, rad. 22047, M.P. Julio Enrique Socha Salamanca; septiembre 2 de 2009, rad. 29221, M.P. Yesid Ramírez Bastidas.

²³ Sentencia de mayo 16 de 2007, rad. 27734, citado.

Magistrada: LUZ ANGELA MONCADA SUÁREZ
Providencia: Apelación Sentencia / 19 de Diciembre de 2012
Radicación: 154076000000201000001 (2011-0771)
Proceso: PERTURBACIÓN A LA POSESIÓN
Denunciante: LUIS ALEJANDRO SANCHEZ CORREA
Denunciado: JUAN CARLOS SANCHEZ GOMEZ Y LUZ MARINA GOMEZ

DESCRIPTOR: PERTURBACIÓN A LA POSESIÓN/ACTOS PERTURBATORIOS

RESTRICTOR: DERECHO DE DOMINIO Y PROPIEDAD/

TESIS...“Perturbación de la posesión sobre inmueble. El que fuera de los casos previstos en el artículo anterior y por medio de violencia sobre las personas o las cosas, perturbe la pacífica posesión que otro tenga de bienes inmuebles, incurrirá en prisión de uno (01) a dos (02) años, y multa de cinco (05) a veinte (20) salarios mínimos legales mensuales vigentes.”

Sobre este delito, en el pronunciamiento citado en la sentencia de primera instancia objeto de la apelación, la Corte Suprema de Justicia, Sala de casación Penal, dentro del Proceso No. 30.028 del 21 de abril de 2010, señaló:

“En cuanto al comportamiento delictivo abstractamente descrito en el artículo 264 del Código Penal, el mismo apunta a la protección no del titular de derecho de dominio sobre un inmueble sino a quien ostenta su posesión, la cual consiste en una relación fáctica de tenencia de una cosa (en este caso un bien raíz), directamente o por interpuesta persona, con animo de señor y dueño, de suerte tal que el poseedor se reputa propietario de aquella mientras otra persona no justifique serlo, ficción legal que otorga al poseedor derechos reales de contenido patrimonial o económico, como el uso y usufructo de la cosa, así como la posibilidad de comercializar la posesión ejercida sobre esta y la posibilidad de adquirir mediante este modo la propiedad o dominio de la cosa ocupada.”

Igualmente se ha indicado, por la doctrina:

“Adicionalmente consideramos que el acto perturbatorio no solo se puede manifestar en la penetración o ingreso al terreno, caso en el que de ordinario, en presencia del complemento subjetivo, se estructurará el tipo de invasión. La presente incriminación mira más a los actos que dificultan, obstaculizan, molestan, incomodan el ejercicio de la posesión pacífica, que sin duda pueden ser preámbulo o antecedentes de una invasión, no de manera necesaria sino contingente. Las acciones consideradas en el presente tipo son aquellas que obstruyen o impiden el ejercicio de la posesión sin que alcancen a perfeccionar la conducta de invasión.

En este sentido puede afirmarse que es mucho más amplia la expresión verbal “perturbar” que “invadir”; toda vez que invadir es una forma de perturbar la posesión, pero existen múltiples procedimientos perturbadores distintos de la invasión; por ejemplo, impedir el acceso al inmueble, o colocar obstáculos que lo hagan inhabitable, etc.” (MANTILLA JACOME, Rodolfo, Delitos contra el patrimonio económico, p. 92)²⁴.

Es así que en el presente caso de los hechos demostrados, contrario a lo señalado por la primera instancia, no se tiene el conocimiento más allá de toda duda, acerca del delito de perturbación a la posesión sobre inmueble y de la responsabilidad penal de los acusados JUAN CARLOS SÁNCHEZ GÓMEZ y su progenitora LUZ MARINA GOMEZ TORRES para emitir una sentencia condenatoria, por las siguientes razones:

Está acreditado que el derecho de dominio y propiedad del inmueble La Navarra ubicado en la vereda el Roble del municipio de Villa de Leyva, estaba en cabeza de LUZ MARINA GÓMEZ TORRES por compra que hiciera del mismo en el año 1982.

Igualmente se acreditó que JUAN CARLOS SÁNCHEZ GÓMEZ, hijo de la propietaria del inmueble llegó a habitar de manera permanente dicho inmueble a comienzos del año 2006, con el consentimiento de su progenitora y de LUIS ALEJANDRO

²⁴ Comentarios al nuevo código penal sustancial, Pedro Alfonso Pabón Parra, ediciones doctrina y ley ltda., 2005, Pag.453.

SÁNCHEZ CORREA su padre quien también habitaba allí, como éste lo relató en su testimonio en el juicio, sin que existiera problema alguno.

Así mismo, está demostrado que los problemas entre LUIS ALEJANDRO SÁNCHEZ CORREA y su hijo JUAN CARLOS SÁNCHEZ GÓMEZ se generaron a finales del año 2006, cuando éste se enteró que aquél había adelantado un proceso de pertenencia por dicho predio lo que dio lugar a que su progenitora, la señora LUZ MARINA GÓMEZ TORRES quien tenía la titularidad del bien, presentara recurso extraordinario de revisión contra la sentencia que declaró la pertenencia a favor de LUIS ALEJANDRO.

Efectivamente, existieron agresiones mutuas entre LUIS ALEJANDRO y JUAN CARLOS, que fueron ventiladas en proceso policivo y de violencia intrafamiliar por los mismos hechos que fueron objeto de investigación en este proceso, lo cual no fue analizado por la primera instancia, desconociendo la prueba que legalmente se aportó al juicio sobre el particular; incluso podría pensarse en la nulidad del proceso por vulneración del non bis ídem, si no fuera porque la orden de archivo de la Fiscalía 19 Local de Villa de Leyva en el proceso de violencia intrafamiliar no tiene los efectos de cosa juzgada como principio rector previsto en el artículo 21 del C. de P.P.; sin embargo, ya se había adelantado una actuación por esos hechos y debió ordenarse el desarchivo para una nueva investigación e imputación, cosa que no sucedió.

De otra parte, la teoría del caso de la Fiscalía y en la que se fundó la acusación fue por la violencia psicológica ejercida por los acusados como fuente de la perturbación a la posesión presentada en aquellas agresiones, pero que como se demostró, a más de ser mutuas, tuvieron su génesis en el conocimiento de los acusados del proceso de pertenencia adelantado por el denunciante LUIS ALEJANDRO SÁNCHEZ CORREA a espaldas de la titular del derecho de propiedad del inmueble, LUZ MARINA GÓMEZ TORRES, quien acudió al recurso de revisión de la sentencia que declaró la pertenencia en cabeza de aquel.

En consecuencia, el derecho de posesión de LUIS ALEJANDRO SÁNCHEZ CORREA para la fecha de los hechos era discutible, y como tal, no se puede deducir la perturbación a la misma por los problemas y agresiones al conocer los acusados que aquél había obtenido un reconocimiento judicial de tal derecho a espaldas de quien tenía la titularidad de la propiedad.

Y se incurre en un yerro por la primera instancia al tener por demostrada la posesión del inmueble en cabeza de LUIS ALEJANDRO SÁNCHEZ CORREA como elemento de la conducta punible por la que se formuló la acusación, con la prueba testimonial del proceso de pertenencia, valorando la sentencia del 2 de febrero de 2011 de la Sala Civil Familia del Tribunal Superior de Tunja, y afirmando que dicha prueba es válida a pesar de haberse declarado la nulidad porque la revisión abordó solo la legalidad del procedimiento en cuanto a la notificación de la demanda, lo cual es contrario a los efectos de dicha sentencia que definió el recurso de revisión y que declaró la nulidad de todo el proceso, esto es, incluyendo la prueba allí practicada.

Más aún, hay una errónea valoración de la prueba en tal sentido para tener demostrada la posesión en este proceso penal, cuando los testimonios de quienes declararon en el proceso de pertenencia y que están incluidos en la nulidad decretada en la sentencia del 2 de febrero de 2011, no se practicaron en el juicio oral.

Así mismo, esta Sala observa que en la primera instancia, no se concretó cuál fue la violencia que se ejerció por cada uno de los acusados que perturbaran esa posesión que encontró demostrada de la prueba vertida en el proceso de pertenencia declarado nulo, sin que siquiera se hubiese hecho referencia a actuación alguna por parte de LUZ MARINA GÓMEZ TORRES, o presentado prueba sobre el particular, pues tan solo se hizo mención a aquellos problemas y discusiones que habían sucedido entre LUIS ALEJANDRO SÁNCHEZ CORREA y su hijo JUAN CARLOS SÁNCHEZ GÓMEZ, y de la demanda del recurso de revisión contra la sentencia de partencia presentada por LUZ MARINA GÓMEZ TORRES.

De otra parte, queda en duda, si efectivamente LUIS ALEJANDRO SÁNCHEZ abandonó el inmueble La Navarra para irse a residir al perímetro urbano de Villa de Leyva por los malos tratos de su hijo JUAN CARLOS SÁNCHEZ GÓMEZ como lo afirma en su

denuncia y el testimonio rendido en el juicio, con quien suscribió una diligencia de caución ante la Inspección de Policía de Villa de Leyva el 29 de diciembre de 2006, o por el contrario, fue por considerar que podía facilitársele la atención médica ante sus quebrantos de salud al vivir en el perímetro urbano, como lo declaró el acusado JUAN CARLOS SÁNCHEZ GÓMEZ en el juicio.

De los hechos demostrados, la Sala deduce la existencia de un conflicto civil por la discusión de la posesión y propiedad del bien, que no tiene relevancia alguna para el derecho penal frente a las actuaciones demostradas de cada uno de los acusados y del denunciante que también se genera en los problemas de índole familiar entrando a reclamar los derechos que cada uno tiene frente a los bienes de esa sociedad marital de hecho o civil que existió.

Conforme a lo expuesto, es evidente que queda la duda de la conducta punible descrita en el artículo 264 del C. P., perturbación de la posesión sobre inmueble, y de la responsabilidad penal de JUAN CARLOS SÁNCHEZ GÓMEZ y LUZ MARINA GÓMEZ TORRES, la cual debe ser resuelta a favor de éstos, conforme al artículo 7 del C. de P.P. debiéndose revocar la sentencia apelada y absolver a los acusados de los cargos formulados en su contra, al no reunirse los presupuestos del artículo 381 del C. de P.P., para emitir una sentencia condenatoria...”

...(...)

Magistrada: LUZ ANGELA MONCADA SUÁREZ

Providencia: Apelación Sentencia / 19 de Diciembre de 2012

Radicación: 152996103118200980194 (2010-1100).

Proceso: ACCESO CARNAL VIOLENTO

Denunciante: NUBIA DEL CARMEN VERA FERNÁNDEZ

Denunciado: RAUL ANTONIO SALGADO MONDRAGON

DESCRIPTOR: ACCESO CARNAL VIOLENTO/ PRUEBA PERICIAL

RESTRICTOR: PRUEBAS DE REFERENCIA

TESIS...” Sobre los hechos que narra la víctima o terceras personas a los peritos, investigadores y testigos que deponen en el juicio, y la valoración de la prueba pericial y el testimonio sobre el particular, en el nuevo procedimiento penal, la jurisprudencia ha dicho lo siguiente²⁵:

“Sintetizando, en el modelo acusatorio actual, la prueba pericial se compone de dos actos: de una parte, el informe, generalmente escrito, que contiene la base de la opinión científica, técnica, artística o especializada, el cual debe entregarse con antelación a la contraparte para garantizar el principio de igualdad de armas; y de otra, la declaración personal del experto en el juicio oral —o mediante video conferencia (artículo 419 ídem)—, exigencia que atiende a la necesidad de salvaguardar los principios de contradicción e inmediación sustanciales al nuevo sistema de enjuiciamiento y que, como ya se anotó, está sujeta a las reglas del testimonio, pues las partes, según lo disciplinan los artículos 417 y 418 de la Ley 906 de 2004, interrogan y contrainterrogan al perito acerca de los temas previamente consignados en el informe, con el fin de que traduzca sus notas y razonamientos a conclusiones prácticas, sencillas, entendibles por las partes, la audiencia y el juez.

Entre las labores de los peritos oficiales, como los del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, se encuentra la de examinar pacientes a solicitud de la autoridad competente, a petición de la Fiscalía o de la defensa. Para tal efecto los

²⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 17 de septiembre de 2008, rad. 29609, M.P. Julio Enrique Socha Salamanca.

médicos forenses estudian la historia clínica del paciente, o analizan la información por él suministrada, u otros datos o documentos, con el fin de tenerlos como elementos de su praxis profesional y rendir el informe que será la base de su dictamen.

6.2. Se ha discutido, y en el presente asunto es de interés recapitarlo, si la prueba pericial, debido a sus particularidades, se torna en prueba de referencia.

Tal y como se ha señalado, el informe escrito que rinde el perito como base de su dictamen, no tiene la calidad de evidencia por sí mismo y no es apropiado impugnarlo, como si se tratara de una prueba, y menos catalogarlo como prueba de referencia, por el hecho de que los peritos estudian la historia clínica de los pacientes o analizan la información suministrada por los mismos.

Lo correcto es dirigir la crítica hacia la prueba pericial misma y no al informe base; vale decir, a la declaración testimonial que hace el perito en la audiencia pública cuando es interrogado y contra- interrogado acerca del contenido del informe técnico científico, dado que es en esa oportunidad cuando el experto ayuda a comprender el tema especializado sobre el cual versan las preguntas.

Impera destacar que mientras el testigo, en estricto sentido y por regla general, suministra una declaración acerca de su experiencia en hechos pasados que haya percibido directamente bajo el influjo de sus sentidos, el perito al rendir su dictamen, entendido en los dos actos que lo componen, puede emitir su opinión y transmitir su conocimiento acerca de cuestiones pasadas, presentes o futuras.

Ahora bien, en cuanto al interrogante planteado inicialmente, ya la jurisprudencia de la Sala ha sentado las bases de la solución al puntualizar:

“En el sistema procesal penal de Estados Unidos y Puerto Rico, en principio se entendía que se presentaba un problema de prueba de referencia, frente al perito que emitía sus opiniones o informes tomando como elementos de análisis informes y conclusiones de otras personas, desconocidas en el juicio.

“La restricción, sin embargo, evolucionó hacia la admisión de ese tipo de prácticas periciales, en los eventos en que esos informes y elementos de análisis suministrados por terceros, son de aquellos que generalmente utiliza el perito en el ejercicio de su profesión.

“Así lo explica CHIESA²⁶, en su Tratado de Derecho Probatorio mencionando los casos concretos conocidos por el Tribunal Supremo de Puerto Rico:

“En Reyes Acevedo se había dicho que “el perito médico no puede basar su opinión en informes y conclusiones de otras personas desconocidas por el jurado y no sostenidas por la prueba, o en informes de otros médicos, o récords de hospital, o en récords de la oficina del fiscal o en reseñas del juicio publicadas por la prensa, que no han sido admitidos en evidencia”. Como se admite en Rivera Robles, esto ya no es sostenible bajo la Regla 56. Esta permite el testimonio pericial basado en la información obtenida antes del juicio o vista si es el tipo de información en la que generalmente descansaría el perito en el ejercicio de su profesión. Que sea prueba de referencia es inadmisibile para excluir la opinión pericial por estar fundada en base impermissible.”

“El mismo arquetipo de solución reflexiva se adopta ahora jurisprudencialmente para Colombia, donde también es una realidad, como en todas las latitudes, que los peritos —no solo médicos— tienen como parte de sus elementos de trabajo información obtenida por fuera de la audiencia pública. La experticia médica es uno de los ejemplos más sobresalientes a ese respecto, pero no el único.

“El fundamento lógico del anterior aserto, en el caso de las pericias médicas, consiste en que si en la vida cotidiana los profesionales de la salud toman decisiones importantísimas para la vida de los pacientes, guiados por lo dicho en la historia clínica, lo explicado por otros médicos y lo relatado por el mismo paciente o por terceros, no se vislumbran argumentos razonables para descartar o enervar, por ese mismo motivo, la opinión pericial en el juicio oral basada en aquel tipo de información.
(...)

²⁶ CHIESA, Op. cit. Tomo I, pág. 522.

"Lo que es imprescindible y no admite excepciones es la garantía de los principios de igualdad de armas y contradicción. En los casos anteriores, el informe técnico científico debe integrarse al proceso de descubrimiento probatorio, admitirse como evidencia con destino a la futura prueba pericial y debe ser real y efectivamente conocido por la contraparte, para que pueda diseñar una estrategia, si fuese de su interés. Y, por supuesto, la prueba pericial ha de tener lugar en el juicio oral, donde las partes pueden intervenir en el interrogatorio cruzado, sin más limitaciones que las derivadas de la constitución y la ley"²⁷

En pronunciamiento más reciente y reiterando la línea jurisprudencial sobre el tema, la Corte dijo²⁸:

"(...), la Corte en un caso similar²⁹ se refirió al cuestionamiento de la actividad de los peritos en punto de si sus declaraciones constituyen o no, prueba de referencia; ante lo cual insistió en los siguientes presupuestos:

"... pues olvida que las pruebas reseñadas –el testimonio de la tía de la menor abusada y los informes y atestaciones de los peritos- no son prueba de referencia. (...)

Como ya lo precisó la Sala en acápite anterior, las pruebas reseñadas por el recurrente no son de referencia, pues, en primer lugar, la declaración de Claudia Soraya Durán, aunque, como lo admitió el sentenciador, contenía una referencia a lo que, a su vez, le manifestó la menor, en todo caso, la deponente también refirió "otros datos importantes, surgidos estos en cambio de sus propias percepciones"... entre ellos "los sensibles cambios de comportamiento de E... quien exteriorizó tristeza e inapetencia, alteraciones que le fue posible constatar, pues estaba encargada de su cuidado durante 2 o 3 días de la semana. De igual modo –continúa el Tribunal-, a los sentimientos ambivalentes de aquella hacia su progenitor, de miedo, pero a la vez de cariño; incluso, aún más significativamente, al dolor vaginal experimentado por la menor, acompañado de un flujo a tal punto anormal que la determinó a procurarle inmediatamente asistencia médica."

En segundo término, tampoco son prueba de referencia las atestaciones de los profesionales en sicología y psiquiatría que valoraron a la ofendida, pues su dicho en el juicio oral, complementado con los informes elaborados con anterioridad, constituyen una prueba técnica que involucra conocimientos científicos en su práctica y conclusiones.

Sobre el caso de la prueba pericial, aunque es cierto que el dictamen psiquiátrico o la entrevista psicológica suponen que el experto obtiene del examinado una serie de manifestaciones que aquél ha de escuchar y registrar en su informe, ello no permite por sí mismo calificar sus palabras o sus conclusiones como prueba de referencia, pues su esencia no es otra que el análisis de las manifestaciones y comportamientos del examinado bajo los preceptos de la ciencia que estudia el comportamiento humano, mas no es su objeto ni su método científico el de deslindar o asignar responsabilidades según las manifestaciones de quien es objeto de estudio.

Es así que el peritaje está encaminado a ofrecer un elemento de juicio de naturaleza científica que, en todo caso, está sometido al tamiz de la sana crítica por parte del funcionario judicial.

Lógicamente, por las características de su intervención, al perito no le corresponde deponer sobre los hechos, pues evidentemente no le constan, pero su conocimiento sobre un tema particular le permite al funcionario judicial comprenderlos y allegar elementos de juicio del orden científico para adoptar una decisión. En consecuencia, no es acertado afirmar que el experto en sicología o psiquiatría deponga en el juicio oral sobre los hechos

²⁷ Cfr. Sentencia de 21 de febrero de 2007, Radicación N° 25920.

²⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 18 de mayo de 2011, rad. 33651, M.P. Javier Zapata Ortiz.

²⁹ Auto inadmisión sistema acusatorio, radicado 30.355 de 15 de julio de 2009.

del caso particular o la responsabilidad del enjuiciado, con fundamento en lo que el individuo explorado le ha referido, pues tal ejercicio le corresponde elaborarlo al juez, conforme los parámetros de la sana crítica.

Fenómeno similar al anterior tiene lugar con el reconocimiento médico legal de lesiones personales, pues uno de sus elementos es la anamnesis del examinado, la cual no es otra cosa que el relato que de los hechos hace este último al legista. No obstante, como es sabido, ello no permite tener el peritaje de lesiones personales como prueba de referencia, pues su fundamento se encuentra en el análisis científico de aquello que el legista percibe.

Ahora bien, una interpretación en el sentido de que los expertos en psicología y psiquiatría que examinan a la víctima resultan ser testigos de referencia, denota una confusión entre los conceptos de testigo perito y testigo técnico, aspecto sobre el cual la Corporación ha dicho lo siguiente:

“Así mismo, no se puede confundir la diferencia entre testigo perito y testigo técnico, toda vez que este último es aquel sujeto que posee conocimientos especiales en torno a una ciencia o arte, que lo hace particular al momento de relatar los hechos que interesan al proceso, de acuerdo con la teoría del caso, mientras que el primero se pronuncia no sobre los hechos, sino sobre un aspecto o tema especializado que interesa en la evaluación del proceso fáctico.

Dicho de otra manera, el testigo técnico es la persona experta en una determinada ciencia o arte que lo hace especial y que, al relatar los hechos por haberlos presenciado, se vale de dichos conocimientos especiales.”³⁰

Así, en tratándose del denominado testigo técnico –según la anterior distinción-, podrá decirse que puede eventualmente ser un testigo de referencia, en la medida en que con su dicho se pretendan introducir hechos que no le constan pero ha escuchado de terceros. No obstante, insiste la Corte, esa condición no puede predicarse del testigo perito, pues este último interviene en el debate oral introduciendo y soportando las conclusiones de su estudio científico que ha sido elaborado con anterioridad.

Lo anterior significa que el argumento... según el cual, el juicio de condena se basa en prueba de referencia, no posee fundamento alguno, pues el testimonio rendido en el juicio oral, por los expertos, profesionales en psicología, constituye prueba técnica -pericial-, a la que hace relación el artículo 405 de la Ley 906 de 2004, y fue así como, de manera acertada, el sentenciador apreció su contenido.

Así, al resolver la misma inquietud que aquí propone el censor, la Sala expresó lo siguiente:

“... todos los profesionales que valoraron a (...) rindieron su testimonio en calidad de peritos. Se trata entonces de testimonios de peritos que debieron valorarse de acuerdo a las reglas establecidas en el artículo 420 del Código de Procedimiento Penal, en tanto que comparecieron a la audiencia del juicio oral, donde las partes tuvieron oportunidad de ejercer el derecho de contradicción, respecto de sus informes.

En consecuencia, no es cierto, como se afirma en la sentencia de segundo grado, que la foliatura no cuenta con prueba testimonial que permita comparar la posterior manifestación de (...) negando los hechos, porque para ese efecto lo procedente era acudir al testimonio de las citadas expertas, el cual no se puede calificar como prueba de referencia, porque el punto a dilucidar no era el acontecimiento delictivo como tal, sino la veracidad de los relatos que sobre los hechos suministraron la menor y su progenitora, en las diferentes etapas del proceso.³¹”

³⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de 11 de abril de 2007, radicación No. 26128.

³¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de 29 de febrero de 2008, radicación No. 28257.

La Sala ratifica y mantiene la línea jurisprudencial en punto de las pruebas de referencia, en el sentido que las mismas no pueden ser consideradas como tal, cuando los peritos en cualquier área científica, artística o técnica, vierten sus conocimientos al interior del juicio oral y sus razones, criterios u opiniones son materia de crítica probatoria, pues los especialistas -como en el caso en estudio- recopilan en sus evaluaciones todos los datos clínicos que presenta el paciente al momento de la entrevista (exploración de procesos mentales, estado de la memoria, del pensamiento, del lenguaje, sucesión detallada del episodio, contexto personal, familiar y social; conciencia al momento de la valoración y situación de las esferas afectivas, volitivas y cognitivas, entre otros); a su turno, proyectan un diagnóstico de su estado actual y las consecuencias negativas generadas en la salud de la víctima por la ilegal acción ejercida contra su humanidad; todo esto, de la mano de sus raciocinios, experiencias y especialidades.

Para ello, también se fundamentan en los antecedentes fácticos suministrados por los examinados en aras de realizar un escrito que contenga pautas concretas de credibilidad o de descarte (fantasías, ilusiones) y en sus atestaciones (explican y exponen) ante la administración de justicia los pormenores de su dictamen, introduciendo el informe pericial como también respondiendo el pertinente interrogatorio, contrainterrogatorio y redirecto, si a él acuden los intervinientes: todos estos presupuestos normativos y jurisprudenciales, se repite, hacen viable que no puedan ser considerados sus testimonios como prueba de referencia al estar imbuidas tales pericias de discernimientos científicos, técnicos, especializados o artísticos, en tanto, le sean aplicadas las reglas del testimonio; y, por el contrario, desde ningún punto de vista, pueden motu proprio deponer sobre los hechos o respecto a la responsabilidad penal del implicado, ni realizar juicios en punto de estas temáticas: el origen de su informe es la narración integral de las manifestaciones positivas o negativas de la víctima, la aplicación de los protocolos respectivos, la evaluación del juicio de verdad o mentira de la afectada, la identidad de género, entre otros aspectos, como fuentes directas de su dictamen; si ello es así, aunque los dictámenes en su fase inicial participan de una referencia sobre los actos prohibidos o ilegales, en su contexto no lo son, si además, se introducen en el juicio por los respectivos expertos y se garantiza el derecho de contradicción sobre los mismos: en esas condiciones procesales se valoran como prueba directa, a tono con lo disciplinado en los artículos 405 y 423 de la Ley 906 de 2004, en especial los preceptos 419³² y 420³³ sobre “las instrucciones para contrainterrogar al perito” y la “apreciación de la prueba pericial”, respectivamente.” ...”

...(...)...

Magistrada: LUZ ANGELA MONCADA SUÁREZ
Providencia: Apelación Sentencia / 18 de Diciembre de 2012
Radicación: 154696000120200800054 (2011-0343).
Proceso: INASIS TENCIA ALIMENTARIA
Denunciante: NUBIA STELLA APONTE APONTE
Denunciado: ANTONIO HELY VELANDIA VILLAMIL

DESCRIPTOR: INASISTENCIA ALIMENTARIA / PRINCIPIO DE LA CONGRUENCIA

RESTRICTOR: “SIN JUSTA CAUSA”/ APRECIACIÓN DEL TESTIMONIO/

TESIS...” El artículo 448 de la ley 906 de 2004, establece lo correspondiente a la congruencia, en los siguientes términos:

³² “El contrainterrogatorio del perito se cumplirá observando las siguientes instrucciones: 1. La finalidad del contrainterrogatorio es refutar, en todo o en parte, lo que el perito ha informado. 2. En el contrainterrogatorio se podrá utilizar cualquier argumento sustentado en principios, técnicas, métodos o recursos acreditados en divulgaciones técnico-científicas calificadas, referentes a la materia de controversia”.

³³ “Para apreciar la prueba pericial, en el juicio oral y público, se tendrá en cuenta la idoneidad técnico científica y moral del perito, la claridad y exactitud de sus respuestas, su comportamiento al responder, el grado de aceptación de los principios científicos, técnicos o artísticos en que se apoya el perito, los instrumentos utilizados y la consistencia del conjunto de respuestas.

“El acusado no podrá ser declarado culpable por hechos que no consten en la acusación, ni por delitos por los cuales no se ha solicitado condena.”

La formulación de acusación es un acto básico y estructural del proceso penal, toda vez que como pliego concreto y completo de cargos, compendia la imputación fáctica y la imputación jurídica, para que se permita al acusado conocer los ámbitos y alcances exactos de la acusación, y a partir de estos ejercer el derecho de defensa. Por tanto, en ese acto complejo que se extiende hasta el alegato final en el juicio oral, deben quedar sentados los fundamentos y términos con sujeción a los cuales se desarrollará el juzgamiento y producirá la declaración de responsabilidad penal o ausencia de la misma en la sentencia.

Lo que caracteriza el principio de congruencia, es que con este se evita acusaciones sorprendentes, de manera que la acusación delimita el ámbito en que se debe desarrollar el juicio y proferir la sentencia, pudiéndose solicitar condena en el juicio oral solo en contra de quien haya sido previamente acusado, y al acusado solo se le puede declarar responsable de los delitos que correspondan a los hechos delimitados en la acusación; por eso se entiende la congruencia como parámetro de racionalidad en la relación que debe existir entre acusador y fallador, porque lo ejecutado por el primero limita las facultades del segundo, esto es, el juez solamente puede declarar la responsabilidad del acusado de acuerdo a los términos fácticos y jurídicos formulados por la fiscalía, estando vedado ir más allá de los temas sobre los que gira la acusación; por tanto, cuando el juez profiere una sentencia desatendiendo los parámetros de la acusación, desconoce las reglas básicas del proceso porque afecta su estructura.

Sin embargo, la congruencia no se opone a que se solicite o se condene por un delito de igual género pero diverso a aquél formulado en la acusación, siempre que sea de menor entidad, o pedir que se excluyan circunstancias de agravación, siempre y cuando la nueva tipicidad imputada guarde identidad con el núcleo básico de la imputación, y sin que implique desmedro para los derechos de los intervinientes.

La jurisprudencia³⁴ ha dicho que el quebranto del principio de congruencia se produce por acción o por omisión cuando:

i) Se condena por hechos o por delitos distintos a los contemplados en las audiencias de formulación de imputación o de acusación,

ii) Se condena por un delito que no se mencionó fáctica ni jurídicamente en el acto de formulación de imputación o de la acusación,

iii) Se condena por el delito atribuido en la audiencia de formulación de imputación o en la acusación, pero deduce, además, circunstancia, genérica o específica, de mayor punibilidad, y

iv) Se suprime una circunstancia, genérica o específica, de menor punibilidad que se haya reconocido en las audiencias de formulación de la imputación o de la acusación.

Pero igualmente se ha precisado también en la jurisprudencia³⁵, que el principio de congruencia no se materializa entre la formulación de imputación y la acusación, sino entre la acusación y el fallo, por lo que el artículo 446 del C. de P.P. exige que en la sentencia se individualice la decisión frente cada enjuiciado y cargo contenido en la acusación, sin que se refiera a la formulación de imputación; a más que por el carácter progresivo del proceso penal es inconsistente dentro de “criterios de razón práctica”, exigir que la imputación tenga un carácter inmutable, inmodificable y vinculante para el ente acusador y el trámite del proceso, lo que desconocería las etapas del proceso penal.

Señala entonces, que la formulación de imputación se ubica en el ámbito de la posibilidad, en tanto la formulación de acusación, el grado de conocimiento es diverso y conforme al artículo 336 del C. de P.P., se está en el terreno de la probabilidad de verdad; motivo por el cual, la acusación cobre el carácter de inmutabilidad, salvo las excepciones, como la

³⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 6 de abril de 2006, rad. 24668, M.P. Jorge Luis Quintero Milanés.

³⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 4 de febrero de 2009, rad. 30043, M.P. María del Rosario González de Lemos.

petición de absolución perentoria, o las aclaraciones, adiciones o correcciones de que trata el artículo 339 del mismo estatuto, convirtiéndose en ley del proceso, delimitando el contexto dentro del cual será el debate oral; y finalmente el fallo de condena debe tener como fundamento la certeza racional, entendida como la convicción sobre la responsabilidad del procesado más allá de toda duda. Por tanto, la imputación fáctica y jurídica de la formulación de imputación, dice la jurisprudencia citada, “no tiene la aptitud de constituirse en extremo de objeto de constatación en punto del principio de congruencia entre acusación y fallo”, siempre y cuando el marco de referencia fáctico sea naturalísticamente el mismo de la formulación de imputación como acto de comunicación que es y formalización de la investigación, por tanto, en la acusación pueden existir adiciones jurídicas, no fácticas. ...”

...(...)

Considera la Sala, que con dicha omisión, no se ha quebrantado el principio de congruencia, porque no se está condenando por hechos o por delitos distintos a los de la formulación de imputación o acusación, solo que no se concretó por el juez, el tiempo en que se comenzó a ejecutar la conducta, y hasta cuando, irregularidad por dicha omisión que no vulnera la congruencia ni invalida la actuación, porque la sentencia se refiere al delito por el que se le acusó, y los hechos a los que dio a conocer la Fiscalía, solo que no se hizo referencia a la aclaración que dicha parte hiciera en la audiencia de formulación de acusación.

Por tanto, en esta instancia se precisa que los cargos por los que se juzga al procesado ANTONIO HELY VELANDIA VILLAMIL son por los formulados en la acusación, esto es, por el delito de inasistencia alimentaria, como en efecto fue por el delito por el que se le condenó en primera instancia, y que los hechos se concretan a los ocurridos desde el año 2005 cuando se dice el procesado inició a incumplir injustificadamente con la obligación de prestar alimentos a su menor hija, y hasta cuando se formuló la imputación, que es cuando se le da a conocer los hechos por los cuales se le investiga, es cuando se interrumpe el término de prescripción de la acción penal, y es por esos hechos por los que se le acusó y se le juzga; resultando incluso erróneo, en criterio de la Sala, la advertencia que hiciera el juez, que se parte desde que se incumple con la obligación (de lo cual no determinó una fecha) hasta la última mesada que se cause hasta que quede ejecutoriada esta sentencia, porque los hechos ocurridos después de formulada la imputación no pueden ser objeto de este juicio.

Por lo anterior, concluye la Sala que no hay falta de congruencia entre la acusación y la sentencia, solo que se omitió hacer las precisiones que anteceden, lo cual no genera irregularidad de trascendencia alguna que genere la invalidación de la actuación, o revocatoria de la sentencia..”.

...(...)

SALA LABORAL DE DECISIÓN

Magistrado: JORGE EDUARDO RAMÍREZ AMAYA
Providencia: Apelación Sentencia / 04 de Abril de 2013
Radicación: 2012-412
Proceso: CONTRATO DE TRABAJO
Demandante: Ana Mercedes Moya Avila
Demandado: Alfredo Moya Moya

DESCRIPTOR: VINCULACIÓN LABORAL / SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LTDA/PRESTACIONES SOCIALES/

RESTRICTOR: Demanda de Reconvención /

TESIS:...” la sociedad, es una persona distinta de aquellos quienes intervinieron en su formación, luego las relaciones de los socios como persona natural y como integrante societario son diferentes. Se aclara aún más esta afirmación, con lo sostenido por el Alto Tribunal para la Jurisdicción Ordinaria Laboral, que al respecto señaló:

“La sociedad es un ente distinto de las personas físicas que hayan intervenido en su formación. La existencia de la una y de las otras son independientes y aunque el desarrollo de sus actividades se cumple de manera simultánea en el campo jurídico no pueden nunca llegar a confundirse. Por ello, es hipótesis posible que quien como socio fundador haya dado su consentimiento para que nazca el ente colectivo a través del contrato de sociedad y haya satisfecho su obligación de aportar dinero o especies para que se forme el haber común o capital social y, de esta manera, tenga opción a cuota de las ganancias o pérdidas derivadas del buen éxito o del infortunio de las operaciones sociales, pueda simultáneamente prestarle servicios personales subordinados a la compañía bajo un vínculo laboral, cuando por el contrato de sociedad no se determina que todos los socios tengan la administración o cuando no se haya obligado de manera expresa e inequívoca a contribuir con sus conocimientos, su industria o su esfuerzo personal como aporte al ente colectivo y en beneficio común, sea complemento de su cuota de capital o como exclusivo aporte de industria, porque estas últimas eventualidades sí llegarían a descartar la existencia para ella de contrato de trabajo entre el socio y la compañía a que se halle vinculado.”³⁶

De acuerdo a lo expuesto, sí es posible ostentar la doble condición de socio y trabajador. Ahora bien, se debe preguntar si para efectos de la declaratoria del contrato de trabajo, es posible demandar a los socios individualmente considerados, o si por el contrario se hace necesario demandar a la sociedad. Para contestar este interrogante, vale la pena, rememorar la siguiente sentencia:

“(...). Ante el conflicto de normas que se plantea entre el artículo 36 del Código Sustantivo de Trabajo y 252 del Código de Comercio es claro que prevalece la norma laboral, que a más de ser sustantiva también tiene un contenido adjetivo pues conforme ya se dijo ella faculta o da la acción al trabajador de perseguir, a cualquiera de los socios comprometidos en la sociedad, vigente o disuelta, que le adeuda salarios o prestaciones laborales. Es aplicable entonces el principio normativo, contenido en el artículo 20 del Código Sustantivo del Trabajo según el cual en caso de conflicto de leyes del trabajo y cualesquiera otras, se prefieren aquellas. (...)”³⁷

Conforme a lo visto, en aplicación del artículo 36 del C. S. T., el trabajador se encuentra facultado para demandar a la sociedad o a cualquiera de los socios, como en este caso ocurrió.

(...)

De la relación laboral

Discuten las partes el contrato de trabajo; la demandante se afianza en su existencia y la parte demandada lo niega, luego la controversia gira en torno a determinar si las partes enfrentadas en la litis, estuvieron ligadas por una relación laboral dependiente y subordinada.

El contrato de trabajo es el eje sobre el cual gira y se estructura la regulación contenida en el Código Sustantivo del Trabajo, por lo que se afirma que esta clase de acuerdo de voluntades es la forma contractual típica del derecho al trabajo, y de ahí que encuentre una detallada reglamentación en la legislación laboral en el artículo 22 del CST donde se 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”.

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, la continuada

³⁶ (CSJ, Cas. Laboral, Sec. Primera, Sent. Nov 13/95)

³⁷ (CSJ, Cas. Laboral, Sec. Primera, Sent. Mayo 10/95, Rad.7189. M. P. Francisco Escobar Henríquez)

subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador, y un salario como retribución del servicio.

La actividad personal del trabajador como persona natural, implica la realización de una labor, a favor de otra persona natural o jurídica. Es el individuo de la especie humana, como tal, el que debe hacer el trabajo a que se comprometió; la dependencia o subordinación la considera la legislación como el elemento característico del vínculo laboral en desarrollo del cual surge una relación jerárquica que coloca al trabajador bajo la autoridad del empleador y que se traduce en una serie de facultades y de deberes correlativos, pero dentro del marco del contrato de trabajo; y finalmente la remuneración o salario, tiene como finalidad retribuir el servicio subordinado prestado a favor del contratante.

Adicionado a lo anterior, el artículo 24 ídem, consagra la presunción legal que por lo mismo admite prueba en contrario, según la cual toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo, correspondiéndole entonces al demandante, bajo tal preceptiva, demostrar la actividad personal para aplicar la presunción legal que obra a su favor, de lo contrario la resulta del proceso es adversa a sus intereses...”

(...).

Trabajo suplementario

En cuanto a lo que tiene que ver con el reconocimiento del trabajo extra y suplementario, el artículo 162 del C. S. T., en su numeral 1), literal a), señala que quedan excluidos de la regulación sobre jornada máxima legal, las personas que desempeñan cargos de dirección, de confianza y de manejo, lo que debe interpretarse con el artículo 32 ibídem, luego, la trabajadora en su calidad de administradora no tendría derecho al pago de horas extras.

Al respecto, la H. Corte Suprema de Justicia ha señalado:

“El artículo 162 del Código Sustantivo del Trabajo señala los trabajadores que quedan excluidos de la regulación sobre la jornada máxima legal de trabajo y entre ellos indica a los que desempeñan cargos de dirección, confianza o manejo. Sienta una regla general en cuanto ciertamente por ser ese grupo de trabajadores de una naturaleza especial, cuyos intereses tienden a confundirse con los del propio empleador, además de tener una especial capacidad con los del propio empleador, además de tener una especial capacidad de mando y dirección sobre los demás asalariados de la empresa, los excluye de la posibilidad de tener derecho al pago de horas extras, así su jornada laboral vaya más allá de la máxima legalmente permitida, lo cual puede considerarse como un trato especial y diferente que nace de la propia ley, sin que por ello, en principio, pueda catalogarse como una situación discriminatoria, en los términos de los artículos 13 y 53 de la Carta Política.” ...

(...)

Magistrado: JORGE EDUARDO RAMÍREZ AMAYA
Providencia: Apelación Sentencia / 21 de Febrero de 2013
Radicación: 2012-436
Proceso: CONTRATO DE TRABAJO
Demandante: Lucero Rubio Sanabria
Demandado: CONEXCEL S.A.

DESCRIPTOR: CONTRATO DE TRABAJO/ TERMINO INDEFINIDO/DESPIDO INJUSTO/PRESTACIONES SOCIALES/INDEMNIZACION/ TERMINACION UNILATERAL DEL CONTRATO

RESTRICTOR: PRESCRIPCION/RECONOCIMIENTO HORAS EXTRAS/

TESIS: “...**Prescripción.** En primer lugar es del caso traer a colación el **artículo 489 C.S.T** en el que se hace referencia expresa a la interrupción de la prescripción así: “El simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el empleador, acerca de un derecho debidamente determinado, interrumpe la prescripción por una sola vez, la cual principia a contarse de nuevo a partir del reclamo y por un lapso igual al señalado para la prescripción correspondiente.” Y por otra parte el **artículo 151 del C.P.T.** “**PRESCRIPCIÓN.** Las acciones que emanen de las leyes sociales prescribirán en tres años, que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el patrono, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpirá la prescripción pero sólo por un lapso igual”

En el caso concreto se realiza audiencia de conciliación³⁸ la cual se surtió ante el Ministerio de la Protección Social el día 27 de septiembre de 2007, las partes acudieron pero no fue posible llegar a un consenso, quedando en todo caso el empleador al tanto de las pretensiones de la trabajadora. De lo anteriormente expuesto se colige que si bien como lo menciona la demandante las últimas horas extras laboradas se efectuaron el día 31 de diciembre de 2006 y conforme al término de prescripción que establece la ley laboral el derecho a su reclamación prescribiría el día 31 de diciembre de 2009; ello no opera pues dentro del expediente se encuentra debidamente probado que la actora citó a su empleador a audiencia de conciliación ante el M.P.S., acto que tiene la virtud de interrumpir el término de prescripción de sus derechos de acuerdo con lo consagrado en los artículos precitados. De forma tal que en el caso bajo estudio el término de prescripción empezaría a contar nuevamente a partir del 27 de septiembre de 2007 teniendo la actora plazo para reclamar tales acreencias hasta el 27 de septiembre de 2010 y según consta en el expediente la fecha de presentación de la demanda³⁹ fue el 3 de marzo de 2010, así las cosas se evidencia que al momento de presentación de la demanda no habían transcurrido aún los 3 años de prescripción que establece la normatividad laboral, si se tiene en cuenta que el acta de conciliación tuvo la virtud de interrumpir el término prescriptivo.

La Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en sentencia N° 27246 de 13 de febrero de 2007, al respecto dice:

“El sentenciador de segundo grado sostuvo que el escrito exigido en el artículo 489 del C.S.T. para interrumpir la prescripción puede ser suplido con la reclamación hecha en el curso de una conciliación, siempre que verse sobre el derecho o prestación y sea conocida el acta por parte del empleador...”

“Por tanto, si está demostrado que el empleador o su representante asistieron a la fracasada diligencia y, además, aparece de manera concreta en el acta levantada en esa audiencia la reclamación disputada posteriormente en juicio, vale dicha constancia como prueba de haberse realizado el reclamo.”

Ahora bien, una vez se ha logrado determinar la no operancia del fenómeno de la prescripción y dado que este fue el argumento principal del a-quo para negar las pretensiones de la demanda, realizará la Sala un estudio puntual de cada una de las pretensiones de la demanda.

Contrato de Trabajo

En cuanto refiere a la primera pretensión de la parte actora, considera la Sala que es pertinente la declaración de existencia del contrato a **término indefinido** entre LUCERO RUBI SANABRIA y CONEXCEL S.A., el cual tuvo sus extremos temporales del 01 de marzo de 2004 al 03 de marzo de 2007; en virtud del documento contentivo del contrato

³⁸ Fl. 18.

³⁹ Fl.8.

de trabajo⁴⁰ celebrado entre las partes en el cual se evidencia claramente su modalidad, documento que fue allegado al proceso por la parte actora y situación que es ratificada en la contestación de la demanda⁴¹.

Se evidencia entonces la existencia del contrato de trabajo entre LUCERO RUBIO SANABRIA y CONEXCEL S.A., conforme a lo señalado en el art. 22 del C.S.T., son admitidos los extremos temporales de la relación laboral por las partes en litigio, y se demuestran los tres elementos esenciales para su existencia a saber: i) prestación del servicio, ii) subordinación y iii) Un salario como retribución del servicio.

Horas Extras

En segundo lugar solicita la demandante el reconocimiento de las horas extras laboradas durante el año 2006, situación por la cual es pertinente adentrarnos en el estudio de la citada pretensión.

En concepto del juez de instancia en el caso sub iudice no se probó el trabajo suplementario, determinando que para que se puedan exceder los límites señalados en el art 162 #2 del CST debe mediar autorización expresa del Ministerio de Protección Social, agregando que el empleador es quien determina la necesidad del trabajo extra respecto del cual debe mediar el registro respectivo sin que ello hubiere sido aducido por las partes. Finalmente argumenta que aunque el reconocimiento de las horas extras fuera viable operó el fenómeno de la prescripción propuesta por el demandado.

Debe esta Sala anticipar que contrario a lo aducido por el a-quo se considera que debe darse el reconocimiento y pago de las horas extras laboradas por la demandante, toda vez que las planillas de control traídas al proceso como prueba no fueron tachadas de falsas por la parte demandada en el momento procesal oportuno para ello, de forma que, de dichas planillas se puede presumir que la trabajadora en efecto realizó las aludidas horas extras,

(...).

...” en cuanto refiere a la indemnización del art.64 CST por la terminación unilateral del contrato sin justa causa, encuentra esta Corporación que resulta procedente su reconocimiento toda vez que existen elementos probatorios dentro del proceso que permiten determinar que su despido se dio por causa injustificada, esto es, la comunicación entregada a la trabajadora el 3 de marzo de 2007 en la que se da “aviso de terminación unilateral del contrato sin justa causa”⁴² y la aceptación expresa de tal situación en la contestación al hecho sexto de la demanda en donde el demandado expresa: “En relación a que la demandada decidió dar por terminado el contrato de trabajo, aduciendo justa causa NO ES CIERTO, la empresa demandada, según obra comunicación de aviso de terminación del vinculo laboral de fecha 3 de marzo de 2007, la terminación se produjo sin justa causa, de conformidad y en los términos del artículo 64 del C.S.T.”⁴³

Así las cosas, se procede a elaborar la liquidación de la indemnización por terminación del contrato a término indefinido sin justa causa, conforme lo regula el art. 64 CST modificado por el art. 28 de la Ley 789/02. Se tiene en cuenta para su realización la suma de \$500.000, último salario devengado, para efectos de determinar el valor a pagar por dicho concepto.

En total la trabajadora laboró para conexcel, tres años (03) años y tres (03) días.

- Por el primer año de servicio se le pagarán 30 días de salario.
- Por cada año de servicio subsiguiente 20 días de salario, es decir por 2 años se le pagarán una totalidad de 40 días.
- Proporcionalmente por fracción, es decir, por los 03 días laborados se le pagarán 0.166 días de salario.

⁴⁰ Folio 14 a 16.

⁴¹ Folio 126 a 134.

⁴² Folio 24.

⁴³ Folio 127.

La suma de las cantidades anteriores nos arroja un total de 70.166 días de salario que se deben reconocer a la trabajadora por concepto de indemnización por terminación del contrato sin justa causa.

$$\frac{\$ 500.000 * 70.166}{30} = \$1.169.433$$

Como quiera que la entidad accionada manifiesta estar a paz y salvo por todo concepto derivado del vínculo laboral⁴⁴, se observa que en efecto el empleador realizó la liquidación de la indemnización por terminación unilateral del contrato sin justa causa a la demandante por valor de \$1.169.444, tal como obra a folio 21 del expediente, por lo que se verifica efectivamente cancelado este concepto.

Colorario de lo dicho se impone la revocatoria de la providencia consultada.

Magistrado: JORGE EDUARDO RAMÍREZ AMAYA
Providencia: Apelación Auto / 07 de Febrero de 2013
Radicación: 2012-437
Proceso: EJECUTIVO
Demandante: Santiago Quintana Camargo
Demandado: Consorcio Fiduciaria Fiduagraria S.A.

DESCRIPTOR: EXCEPCIONES/ PLEITO PENDIENTE/ FALTA DE LEGITIMACION EN LA CAUSAPOR ACTIVA/

RESTRICTOR: CONCILIACIÓN/

TESIS: ...” El pleito pendiente constituye una de las excepciones previas que aparecen relacionadas en el Art. 97 del C. de P.C. y se configura cuando quiera que existan dos procesos con identidad de partes y de objeto. Ahora bien, la decisión que se adopte en uno de los procesos, la que se produzca en uno, afecta directamente al otro proceso, en la medida que para éste constituye cosa juzgada.

La sustentación de esta exceptiva consiste en el debate respecto la legalidad o ilegalidad de la conciliación que pretende ejecutarse en este proceso, que se incoó ante la Jurisdicción Laboral del Distrito Judicial de Bogotá y que a dicho de la parte pasiva, aliviando olímpicamente su responsabilidad, descargó su obligación en la judicatura, quien debió verificar (el a quo) a través de la página web de la Rama Judicial bajo el radicado 1100131050192009008080, cuyo fin es declarar la nulidad del acta de conciliación celebrada en el juzgado veintisiete laboral de Bogotá, el 13 de julio de 2009 y suscrita con el hoy ejecutante. (fls. 201 a 215)

Según el profesor Hernán Fabio López Blanco el pleito pendiente se da “cuando entre unas mismas partes y por idénticas pretensiones se tramita un juicio que aún no ha finalizado y se promueve otro”.

Para que exista pleito pendiente, afirma el referido tratadista, se requiere: i) que exista otro proceso en curso; ii) que las partes sean unas; iii) que las pretensiones sean idénticas; iv) que por ser la misma causa estén soportadas en los mismos hechos.

Obra en el expediente copia de la demanda, carente de formalismos, que interpuso ante la Jurisdicción Laboral del Distrito Judicial de Bogotá la ejecutada, de donde se pueda inferir la no satisfacción de los requisitos que configuran la excepción de pleito pendiente,

⁴⁴ Folio 129.

pues se trata de un proceso ordinario laboral de primera instancia, desde luego con pretensiones declarativas y de condena (fls. 200 a 215), muy diferentes a las aquí reclamadas por vía coactiva ya que se persigue el pago de sendas sumas de dinero, luego se puede establecer con certeza que la configuración de dicho fenómeno no opera.

En ese orden se tiene que la excepción de pelito pendiente no prospera por ser diferente la causa en uno y otro proceso.

Se duele la ejecutada que la conciliación se efectuó ante la imposibilidad física y jurídica del reintegro de un trabajador, debiéndose tasar la indemnización por los salarios y prestaciones dejados de cancelar desde el despido del aforado hasta el último día de existencia jurídica de la entidad, y que para el caso bajo estudio se extendió al futuro.

Es claro para la Sala que la conciliación celebrada el 13 de julio de 2009 en el Juzgado veintisiete laboral del circuito judicial de Bogotá y base de la presente ejecución (fls. 8 a 12), devino como consecuencia de la sentencia y su aclaración proferida por este cuerpo colegiado, que ordenó el reintegro del trabajador, y no en virtud de los cálculos improvisados efectuados por la accionada, sobre los salarios, prestaciones e indemnizaciones a fin de acordar una suma respecto de lo ordenado en el fallo (fl. 10 numeral 4.), por lo que no puede aplicarse la premisa citada por la entidad ejecutada, pues la causa que generó la conciliación es lícita a la luz del artículo art. 1524 del C.C., en virtud de una sentencia judicial.

Por último el aspecto debatido por la ejecutada, es el relativo a la capacidad del apoderado general del PAR, LUIS ALEJANDRO ACUÑA, por cuanto en su parecer, no había suficiencia de poder en la escritura pública 3620 de 4 de julio de 2007 visible a folios 21 a 24 (vto.), que le confirieran los representantes legales de FIDUAGRARIA S.A. y la Sociedad FIDUCIARIA POPULAR S.A.

Observa la Sala que el numeral 7º de dicha escritura, lo faculta aquél para celebrar acuerdos de pago o conciliaciones, y el numeral 9º para otorgar poderes especiales en representación del PAR en procesos y diligencias determinadas, sin limitar el tipo de diligencias ni excluir la conciliación, sin que fuese necesario contar con “previa instrucción del comité fiduciario”, pues el instrumento público referido no contiene su exigencia. (fl. 22 y vto.)

Como en otras oportunidades considera la Sala referirse a la hermenéutica jurídica, y que en este caso debe aplicarse para establecer el alcance de las facultades contenidas en la reiterada escritura, la Honorable Corte Constitucional en sentencia C-820 de 2006, M.P. Dr. MARCO GERARDO MONROY CABRA señaló:

“22. A pesar de que el propio significado de interpretación jurídica ha sido discutido en la doctrina especializada porque, entre otras cosas, inmediatamente remite al debate de si interpretar una norma jurídica implica determinar el alcance de todos los textos legales o sólo los oscuros, lo cierto es que, en su sentido más obvio y elemental, interpretar es explicar, declarar, orientar algo, comprender las circunstancias, aprehender, entender los momentos de la vida social y atribuir un significado a un signo lingüístico. En fin, como lo advierten Gadame y Husser, la interpretación está directamente ligada con la comprensión y el lenguaje, de tal forma que, al referirnos a la hermenéutica jurídica, la entendemos como la actividad dirigida a encontrar la solución al conflicto o al problema jurídico que se somete a estudio del intérprete”.

En esta medida, la interpretación literal se debe deducir de las palabras mismas, de su lugar en la frase y de la sintaxis, de la conexión de las palabras entre sí, de la puntuación el sentido exacto del texto. Así, la escritura 3620 de 4 de julio de 2007 (fls. 21 a 24 vto.) en su numeral 7º (fl. 22 vto), indica que se faculta al apoderado general para “... celebrar acuerdos de pago o conciliaciones...”, a su vez, el numeral 9º (fl. 22 vto.) agrega que podrá “otorgar poderes especiales para la representación del Patrimonio Autónomo de Remanentes – PAR en procesos y/o diligencias determinadas ... en todos los campos ...”. En este contexto es preciso recordar que la conciliación es un acuerdo al que se llega mediante la celebración de un procedimiento conciliatorio, un acto solemne llevado a cabo en una diligencia, que se materializa en un acta autorizada por el conciliador y en el

numeral 16 (fl. 23) la escritura expresa que el apoderado general podrá representar al PAR "... ante cualquier petición, actuación, acto, diligencia o gestión en que éste tenga que intervenir directa o indirectamente... para iniciar y seguir tales peticiones, juicios, actuaciones, diligencias o gestiones y para constituir apoderados especiales para el efecto".

Referente al tema de la conciliación, es pertinente traer a colación el pronunciamiento de la Honorable Corte Constitucional en sentencia 1195 de 2001, Ms.Ps. Drs. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA y Dr. MARCO GERARDO MONROY CABRA, en el cual se expuso:

"El término conciliación tiene dos sentidos distintos según el contexto en que es utilizado: uno procedimental y otro sustancial. En relación con su acepción procedimental, la conciliación es "un mecanismo de resolución de conflictos a través del cual, dos o más personas gestionan por sí mismas la solución de sus diferencias, con la ayuda de un tercero neutral y calificado, denominado conciliador."⁴⁵ Según esta acepción, la conciliación es apenas una serie de pasos preestablecidos que tiene por objeto -eventual, no necesario- la celebración de un acuerdo entre dos o más personas. No obstante, el término conciliación también se refiere al acuerdo al que se llega mediante la celebración del procedimiento conciliatorio. En este segundo sentido sustancial, la conciliación se materializa en un acta que consigna el acuerdo al que llegan las partes, certificado por el conciliador.⁴⁶ (Subrayado fuera de texto).

En este orden de ideas, el señor LUIS ALEJANDRO ACUÑA GARCIA tenía la facultad de representar al PATRIMONIO AUTONOMO DE REMANENTES DE TELECOM en cualquier acto, diligencia o gestión, como la conciliación, que en el caso en concreto se llevó a cabo extra proceso, como quiera que el propio numeral 9º dispone que las diligencias determinadas se realizaran en cualquiera de los campos, se infiere de su literalidad que se trata de manera general de los judiciales, extra judiciales, administrativos, etc., en este caso judicial por tratarse de la jurisdicción ordinaria laboral, recordemos que la conciliación fue celebrada **el día 13 de julio de 2009 en el juzgado 27 Laboral del Circuito de Bogotá D. C. (fls. 8 a 12)**, pero fuera de algún tipo de proceso (extraprocesal), por tratarse de una solicitud conjunta elevada por las partes. Diligencia que fue determinada, pues el único fin era conciliar "... el cumplimiento de la sentencia de fecha 11 de junio de 2008, proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja...", como se lee en el acta de conciliación (fls. 8 a 12).

De acuerdo a los planteamientos que anteceden, se confirmará la providencia objeto de recurso de alzada.

(...)

Magistrada: FANNY ELIZABETH ROBLES MARTÍNEZ
Providencia: Apelación Sentencia / 07 de Marzo de 2013
Radicación: 2012-061
Proceso: ORDINARIO
Demandante: Dioselino Sainea Sache
Demandado: Droguería Mundial Ltda / Carlos José Ruíz-Josefina del Carmen Ruiz

**DESCRIPTOR: CONTRATO DE TRABAJO/ SUSTITUCIÓN PATRONAL /DESPIDO
 INDIRECTO/ INDEMNIZACIÓN/**

**RESTRICTOR: CONTRATO DE TRABAJO A TÉRMINO INDEFINIDO/EXISTENCIA DE
 RELACION LABORAL**

⁴⁵ Ley 446 de 1998 art. 64,

⁴⁶ Ley 640 de 2001, art. 1º.

TESIS: ...” De la sustitución patronal.

El artículo 67 del CST, define la sustitución patronal, estableciendo los requisitos para que exista así: i) cambio de un patrono por otro, ii) continuidad o identidad de la empresa y iii) continuidad del trabajador.

La a quo encontró que, pese a la suscripción de varios y sucesivos contratos de trabajo a término fijo, en virtud del principio de primacía de la realidad debía entenderse que se trató de un solo contrato dado que las cesantías no se entregaban al finalizar cada uno sino que se consignaban ante un AFP en las fechas previstas para ello.

El demandado al impugnar, aduce que al morir el inicial empleador se estaba ejecutando un contrato de trabajo a término fijo que venció el 31 de diciembre de 1999 y que el hecho de que se prorroguen sucesivamente los contratos a término fijo no los convierte en contratos a término indefinido. Que como se suscribió un nuevo contrato de trabajo para el año 2000 con los herederos y a partir de 2001 con Droguería mundial Ltda., no existe la sustitución patronal máxime si no existe identidad entre droguería mundial y droguería mundial Ltda.

Advierte la Sala que la decisión del a quo tuvo como fundamento la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido, que encontró demostrado pese a la celebración de aparentes contratos a termino fijo, con fundamento en el principio de “primacía de la realidad” y de ninguna manera, como parece entenderlo el impugnante, porque haya considerado que la prórroga sucesiva del inicial contrato a termino fijo lo haya convertido en indefinido.

Y la conclusión de existencia de un solo contrato de trabajo, a término indefinido, provino del hecho demostrado de que la consignación de las cesantías se realizaba en el mes de febrero ante la AFP del caso y no se materializaba su entrega a la finalización de cada supuesto contrato.

Así que la argumentación del impugnante no corresponde a las consideraciones hechas en la primera instancia sobre el punto, lo cual lleva a desestimar las súplicas planteadas ante ésta.

Pero además, la Sala encuentra acertada la conclusión del a quo que no hizo cosa distinta a dar aplicación al principio de primacía de la realidad consagrado en el artículo 53 de la Carta Política, acerca del cual esta Sala ha sido reiterativa en acoger la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia:

“La primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, es un principio constitucional (C.P. art. 53). La entrega libre de energía física o intelectual que una persona hace a otra, bajo condiciones de subordinación, independientemente del acto o de la causa que le da origen, tiene el carácter de relación de trabajo, y a ella se aplican las normas del estatuto del trabajo, las demás disposiciones legales y los tratados que versan sobre la materia. La prestación efectiva de trabajo, por sí sola, es suficiente para derivar derechos en favor del trabajador, los cuales son necesarios para asegurar su bienestar, salud y vida. Las normas laborales nacionales e internacionales, en atención a la trascendencia del trabajo y a los intereses vitales que se protegen, están llamadas a aplicarse de manera imperativa cuando quiera se configuren las notas esenciales de la relación de trabajo, sin reparar en la voluntad de las partes o en la calificación o denominación que le hayan querido dar al contrato”.

Así mismo, ha expuesto⁴⁷

“Debe recordarse que el principio de la primacía de la realidad, característico del Derecho del Trabajo, impone, como su nombre lo indica, la prevalencia de los hechos sobre documentos o acuerdos suscritos entre las partes, de manera que si a pesar de existir abundantes documentos sobre una determinada forma de

⁴⁷ Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral Sentencia 17 de Agosto de 2006, Rad 27711, M.P. Luis Gabriel Osorio López.

vinculación contractual, el juzgador encuentra que en la realidad lo que desarrollaron y ejecutaron las partes fue un verdadero contrato de trabajo, deberá darle validez a éste y derivar las consecuencias salariales, prestacionales e indemnizatorias que del mismo se derivan”.

Así, es evidente que obran a folios 177 y 190 los contratos de trabajo a término fijo suscritos entre el demandante y JOSE DEL C RUIZ NIÑO – para el año 1999- y CARLOS J. RUIZ T, LUCRECIA T. DE RUIZ y JOSEFINA RUIZ, para el año 2000, lo cual permitiría concluir que, como lo aduce la impugnación, se trató de contratos de trabajo distintos, suscritos con empleadores diferentes y que no configuran la sustitución patronal. Sin embargo, también refulge palmario que en la nomina de enero de 2000 aparecen como empleadores DROGUERIA MUNDIAL y JOSE DEL C RUIZ N -folio 169- y a folio 170 aparece como tal la DROGUERIA MUNIDIAL LTDA pagando los intereses sobre las cesantías de ese mismo año y a folio 175 asoma la misma empleadora (Droguería mundial Ltda.) cancelando la prima de servicios del 2º semestre de 2000 mientras que la del 1er semestre la paga “Droguería mundial sociedad de hecho” (-folio 176-) lo cual demuestra que pese a que los servicios se prestaban por el actor siempre en el mismo sitio de trabajo y a favor del mismo grupo de personas agrupadas bajo diferentes razones sociales, los contratos a término fijo se suscribían para disimular esa realidad.

Amen de lo anterior obra relación de aportes cancelados al ISS⁴⁸ en los que se observa que hasta abril del año 2000, es decir, luego de la suscripción del contrato para ese año y de fallecido el inicial empleador, fueron hechos por el señor JOSE DEL CARMEN RUIZ NIÑO. Véase como, así mismo, pese a que se aduce que para el año 2001 se suscribió contrato con DROGUERIA MUNIDIAL LTDA⁴⁹, dicha persona jurídica realiza aportes a favor del demandante desde octubre del año 2000.

Si bien es cierto, en torno a la sustitución patronal la H Corte Suprema de Justicia el 11 de febrero de 1981 expuso que

“Para que se opere la sustitución de patronos, dijo la Corte, es necesario que concurren tres requisitos: cambio de patrono, continuidad de la empresa y continuidad del trabajador en el servicio. Y no ocurre este último requisito, dejándose de producir, por consiguiente, la sustitución de patronos, cuando el trabajador acuerda con el antiguo patrono la terminación de su contrato y seguir prestando sus servicios al nuevo patrono, en ejercicio de un nuevo contrato, lo cual no quebranta ningún régimen legal.”

También lo es que no existe un nuevo contrato de trabajo cuando no varían las condiciones del mismo, como también lo expuso la jurisprudencia en sentencia del 2 de septiembre de 1977:

“No se puede hablar de 2 contratos mientras no haya diferencias esenciales en el objeto mismo del contrato, o mientras no se haya terminado una relación laboral y se haya iniciado otra. Aunque la jurisprudencia ha admitido que pueden existir 2 contratos de trabajo distintos que se suceden, es necesario que aparezca con toda claridad la terminación de un contrato y el nacimiento de otro, y la causa para el cambio del objeto que haga distinta la vinculación jurídica” Y acontece en el caso que ocupa a la Sala que no existe esa diferencia entre uno y otro contrato.

Como corolario de lo expuesto resulta que no prospera la impugnación de la demandada...”.

(...)

Así entonces, como se demostró al menos una de las causales invocadas por el actor para terminar su relación de trabajo por una justa causa atribuible a la demandada, lo que configura el despido indirecto, la Sala reconocerá la indemnización correspondiente atendiendo a los extremos de la relación laboral reconocidos por el a quo (del 15 de mayo de 1969 al 30 septiembre de 2009). en los términos del parágrafo transitorio del art. 28 de la ley 789 de 2002 que modificó el art. 64 del CST, y atendiendo a que para el 1º de enero

⁴⁸ Folio 258 y ss

⁴⁹ Folio 115

de 1991 el señor Sainea tenía mas de 10 años de servicios, esto es, 45 días por el primer año de servicio y 75 días (45 +30) por cada año subsiguiente y proporcionalmente por fracción⁵⁰ con base en el salario pactado para dicho año \$721.871,00, lo que arroja un valor diario de \$24.062,00:

Periodo laborado cuarenta (40) años, cuatro (4) meses, quince (15) días.
Salario \$721.860

Primer año, 45 días.

$$\frac{721.860}{30} = 24.062 \times 45 \text{ días} = \$1.082.790$$

Subtotal \$1.082.790

Desde el segundo año hasta el año 40, (75 días x año).

$$\frac{721.860}{30} = 24.062 \times 75 \text{ días} = \$1.804.650$$

\$1.804.650 x 39 años

Subtotal 70.381.350

Fracción.

$$\frac{\$ 721.860}{30} = 24.062 \times 28.12 = \$676.623$$

Subtotal \$676.623

TOTAL: \$72.140.763

De la pretendida reliquidación.

Se afirma en el recurso que está demostrado que el actor percibía una sobre remuneración por sus servicios y que la misma debe tenerse en cuenta a efecto de reliquidar las prestaciones sociales. Halla la Sala que, en efecto algunos de los testigos señalan que era conocido que al señor Sainea y a otros empleados se les entregaba “un sobrecito”. Sin embargo, no está acreditado el monto de dicha sobre remuneración, lo que imposibilita acceder a lo pretendido y no prospera este punto de impugnación.

De las dotaciones.

El a quo halló que se pagaron las causadas a partir del 2001 y, de otra parte, que no se demostró el monto de los perjuicios ocasionados con su no entrega, por lo que negó la pretensión. La Sala comparte dicho argumento pues acerca de este tema, reiteradamente ha expuesto que cuando se reclaman judicialmente una vez finalizada la relación laboral, no es posible acceder a su entrega en especie, pues así lo han determinado tanto la jurisprudencia de la C.S de J. como la de la C.C. La primera de las altas cortes ha dispuesto que lo que corresponde es el pago de la indemnización de perjuicios causados por el incumplimiento de la obligación, los cuales deben haberse acreditado⁵¹. La Corte Constitucional por su parte señaló que es procedente el pago de la misma en dinero pues la prohibición al respecto solo opera en vigencia de la relación⁵², lo que presupone la prueba de su monto. Como en el caso presente no se acreditaron ni los perjuicios ni el valor de las dotaciones, no hay lugar a reconocer este derecho...”

(...).”

⁵⁰ El parágrafo transitorio de la norma dice: “Los trabajadores que al momento de entrar en vigencia la presente ley tuvieron 10 o mas años al servicio continuo del empleador, seguirán amparados por el ordinal 5 del art. 8 del decreto ley 2351 de 1965, salvo que el trabajador manifieste su voluntad de acogerse al nuevo régimen”. A su vez el mencionado ordinal dice “Si el trabajador tuviere 10 años o mas de servicio continuo, **se le pagarán 30 días adicionales de salario sobre los 45 básicos del literal a**, por cada uno de los años de servicio subsiguientes al primero, y proporcionalmente por fracción”.

⁵¹ Radicación 10.400 de 22 de abril de 1998. M.P. Dr. Francisco Escobar H. Reiterada el 13 de abril de 1999 –rad. 11014 y el 4 de agosto de 2009 –rad. 3541.

⁵² Sent. C-710-96

Magistrada: FANNY ELIZABETH ROBLES MARTÍNEZ
Providencia: Apelación Sentencia / 21 de Febrero de 2013
Radicación: 2012-157
Proceso: ORDINARIO
Demandante: María Elvira Peña
Demandado: Manuel Ignacio Cortes Castillo

DESCRIPTOR: CONTRATO VERBAL /TÉRMINO INDEFINIDO/

RESTRICTOR: SOCIEDAD DE HECHO/ VINCULACION LABORAL-DIFERENCIAS

TESIS: ...” De la existencia de la relación laboral. Primacía de la realidad.

Para definir el asunto debe partirse de la definición del contrato de trabajo contenida en el art. 22 del CST⁵³ y de la presunción que sobre él se establece en seguida⁵⁴.

Así, reiterativamente se ha establecido que en virtud del contenido del art. 24 ib., le basta al demandante acreditar la prestación personal del servicio para que, en su favor, se aplique la presunción de existencia de un contrato de trabajo. Ha dicho la jurisprudencia sobre el tema:

“(...) se requiere que en la actuación procesal esté demostrada la actividad personal del trabajador a favor de la demandada, y en lo que respecta a la continuada subordinación jurídica, que es el elemento característico y diferenciador de toda relación del carácter laboral, no es menester su acreditación con la producción de la prueba apta, cuando se encuentra evidenciada esa prestación personal del servicio, ya que en este evento lo pertinente, es hacer uso de la presunción legal prevista en el art. 24 del C.S del T, pues el actor le basta con probar la prestación o actividad personal, para que se presuma el contrato de trabajo y es a la empleadora a quien le corresponde desvirtuar dicha presunción con la que quedó beneficiado el operario”⁵⁵

En el caso presente, el argumento del a quo para desestimar la existencia del contrato de trabajo no fue el desconocimiento de la prestación personal de servicios por parte de la señora MARIA ELVIRA PEÑA a favor del demandado en la citada finca. Por el contrario, sobre ese punto afirmó el juez de primera instancia que no existía duda. Solo que, con fundamento en el contenido del acuerdo conciliatorio celebrado ante la personería de Pauna, estableció que esa prestación de servicios fue el aporte de la actora a la sociedad.

El ataque del impugnante se dirige precisamente a desvirtuar el contenido de esa conciliación pues considera que dentro de la diligencia ella no tuvo las necesarias garantías pues, dada su ignorancia, estaba convencida de que lo que allí estaba tratando era lo relacionado con su situación laboral, amén de que el demandado no dio cumplimiento a lo pactado en el sentido de hacerle entrega de un lote de terreno.

Considera necesario la Sala realizar el análisis conjunto del material probatorio allegado, atendiendo además al ataque que se hace en el recurso sobre el presentado por la demandada y advirtiendo en primer lugar que el acta de conciliación suscrita entre las partes (y que obra a folios 39 a 41) no fue objeto de controversia en este proceso y no puede el actor ahora, a través del recurso, plantear debate en torno a su valor pues dicho

⁵³ Contrato de trabajo es aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona, natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración. ...

⁵⁴ Art. 24. “se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo.”

⁵⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, M.P. Luis Javier Osorio López, Sentencia del 24 de agosto de 2010, expediente 34393.

debate debió proponerse de manera oportuna. Pero, que dicho acuerdo conciliatorio conserve todo su valor no conduce indefectiblemente a que se niegue el reconocimiento de la relación laboral porque este tema precisamente no fue objeto de conciliación. Obsérvese que de acuerdo con el contenido del documento, en esa diligencia las partes arreglaron diferencias surgidas de la “sociedad comercial” respecto del predio “las delicias” del municipio de Pauna. El señor Cortes solicitó “el desalojo de la propiedad, la restitución de ésta a su estado original anterior y el cese de actos perturbatorios” temas sobre los cuales llegaron a un acuerdo. Nada se dijo allí sobre la relación laboral que aquí se debate pero, debe resaltar la Sala que, al tenor de lo señalado en el punto 5 acordado, “Hasta la fecha del 1 de abril de 2006, la señora MARIA ELVIRA PEÑA cuidará de los semovientes del propietario del inmueble (9 vacunos y 7 equinos)” a la vez que el señor Cortés se compromete a entregar a la actora un lote de terreno sin que aparezca clara la razón de dicho pacto que, para la Sala, corrobora que la citada señora venía realizando esa y otras labores para el señor Cortés.

Nótese además que en la nota enviada por el demandado a la actora dando por terminado el supuesto vínculo social, y que reposa a folio 34 del expediente, manifiesta que desde hace más de 3 años la señora no entrega ningún rendimiento o ganancia social derivada del predio. Cabe preguntarse entonces, qué beneficio derivaba el demandado para permitir que la supuesta socia residiera en el inmueble, si no obtenía ganancia social? Para la Sala no queda la menor duda de que esta circunstancia ratifica que la actora servicios personales a favor del demandado, situación corroborada por la prueba testimonial.

Antes de entrar en el análisis de los testimonios escuchados en el proceso, recuerda esta Corporación que, en virtud de lo establecido en el art. 53 de la C.P., debe atenderse a la “primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales”, tema sobre el cual la jurisprudencia se ha expresado así:

“Debe recordarse que el principio de la primacía de la realidad, característico del Derecho del Trabajo, impone, como su nombre lo indica, la prevalencia de los hechos sobre documentos o acuerdos suscritos entre las partes, de manera que si a pesar de existir abundantes documentos sobre una determinada forma de vinculación contractual, el juzgador encuentra que en la realidad lo que desarrollaron y ejecutaron las partes fue un verdadero contrato de trabajo, deberá darle validez a éste y derivar las consecuencias salariales, prestacionales e indemnizatorias que del mismo se derivan”.⁵⁶

Así, como el impugnante se duele del análisis realizado por el a quo pues considera que los testigos escuchados a solicitud suya ofrecen más credibilidad que los oídos a instancia de la demandada, debemos remitirnos al tema de la valoración de los testimonios, para lo cual es pertinente traer a colación lo dicho por la C.S de J., que ilustra los criterios a que ha de atender el fallador para el efecto:

“(…), son varios y de distinto alcance los criterios, en orden a valorar el testimonio, pueden seguirse y de los cuales ha de dar cuenta razonada la respectiva providencia que haga la calificación del caso, criterios que en apretada síntesis responden a las siguientes orientaciones preponderantes:

“a) La de la probidad de las personas que son órganos de la prueba. Se apoya sustancialmente en la condición del testigo, en la honestidad de costumbres y en las cualidades subjetivas que ofrezca, esto porque la experiencia muestra que, a una mayor pureza en los aspectos señalados, corresponde normalmente un mayor índice de veracidad y, por lo tanto, un hombre de moralidad discutible o poco cultivado en las ciencias del espíritu, no puede merecer igual crédito que aquel cuya conducta se ajuste a los más rigurosos cánones de la ética o demuestre un grado mediano de preparación intelectual;

“b) Un segundo derrotero, tal vez de mayor relieve que el anterior, es de la ciencia, referida ésta a la **fuentes de conocimiento que tenga el testigo**, dato por cierto de enorme importancia en la medida en que, delineado el contenido atendible de la declaración rendida, está destinado a facilitarle al juez “...un precioso elemento de juicio para valorar, en su tiempo y caso, el alcance

⁵⁶ Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral Sentencia 17 de Agosto de 2006, Rad 27711, M.P. Luis Gabriel Osorio López.

probatorio de la misma, ya considerada en sí, ya en relación con los demás elementos de prueba..." (Manuel de la Plaza. Derecho Procesal Civil Español. Vol. I, parte General. Cap. VII). En efecto, existe diferencia y nada despreciable, la verdad sea dicha, entre conocer los hechos con ciencia propia por haberlos percibido con los sentidos, y dar información de ellos por referencia, por fama, por rumor o, sencillamente, por que así los intuye el declarante obrando inclusive muy de buena fe; la manifestación del que tuvo bajo la directa inspección de sus sentidos las circunstancias narrada en su testimonio tiene, sin lugar a dudas, mayor entidad evidenciadora que la de aquél que sólo las deduce por la índole de los hechos que le son detallados en el interrogatorio o por el dicho de otros, y es justamente por esto que las normas de procedimiento se ocupan de señalar, como uno de los requisitos para que la prueba por testigos pueda quedar revestida de eficacia, que estos den siempre razón fundada de la ciencia de cuanto declaran, es decir que expresen las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrió el hecho, junto con las explicaciones atinentes a lugar, tiempo y modo como tuvieron conocimiento del mismo (...);

"c) Un tercer criterio que unido a los dos anteriores tiene papel importante que cumplir en la apreciación de la prueba testimonial, es el de la credibilidad que infunda la versión dada por el testigo, pues no obsta que este último sea persona proba y que de ciencia cierta haya rendido su testimonio, sino que debe demostrar constancia y una sólida coherencia consigo mismo, entendiéndose que son testigos constantes aquellos que, al dar fe de cuanto dicen saber, mantienen apreciaciones congruentes en las circunstancias principales, al paso que serán coherentes con sí mismos si, en sus dichos, siguen el rumbo verosímil de los acontecimientos con rigurosa exactitud, se repite, en el relato de las mencionadas circunstancias fundamentales. En otras palabras, es cometido inexcusable a cargo de los jueces el averiguar los motivos de un testimonio vacilante o incierto porque quien lo rinde actúa sin resolución, con incertidumbre y visible temor a comprometerse con aseveraciones categóricas, habida consideración que si defectos de este linaje obedecen a falta de ciencia o de probidad y no a retraimiento o cortedad del deponente, la prueba carece por completo de valor y no queda otra alternativa distinta a desecharla, y

"d) Finalmente, una cuarta guía de valoración radica en la **concordancia del testimonio con los resultados que arrojan otros medios de prueba aducidos al proceso**, concordancia que demanda especial atención cuando se trata de establecer en un conjunto de declaraciones. Dado que en tal hipótesis los testimonios han de ser contestes y por consiguiente no adolecer de diversidad adversativa, llamada también "obstativa", o simplemente diversificativa, de suerte entonces que se cuenta con testigos contestes cuando hay dos o más, mayores de toda excepción, que sobre un mismo hecho deponen de ciencia cierta y unánimemente, es decir sin caer en contradicción apreciable sobre la sustancia de circunstancias fácticas relevantes que por haberlas conocido quienes las refieren, sea razonable suponer que las conservan en su memoria y por lo tanto deben convenir al dar razón de ellas por separado." (C.S.J. Sent. sep.7/93, Exp. 3475. M.P. Carlos Esteban Jaramillo Schloss).

(...)"

..."dadas las condiciones personales de los deponentes, su conocimiento de lo declarado, unido al del contenido del acuerdo conciliatorio -según ya se explicó- lleva a concluir indubitadamente que la actora demostró la prestación de servicios personales a favor del demandado en el citado predio. Y siendo ello así, cabe aplicar la presunción referida al comienzo de estas consideraciones, habida cuenta que el demandado no logró demostrar la existencia del aludido contrato de "aparcería "o compañía, pues no probó, por ejemplo, que haya habido acuerdo sobre el reparto de utilidades o que este efectivamente se haya dado. Por el contrario, en el documento que puso fin a la relación, se itera, confesó que al menos durante 3 años no recibió ninguna utilidad pese a lo cual la actora continuaba en el predio.

Corolario de lo hasta aquí expuesto es que debe revocarse la decisión de primera instancia para, en su lugar, reconocer la existencia del contrato de trabajo, debiendo a continuación la Sala ocuparse del estudio de éste.

De los extremos de la relación laboral. Modalidad, salario, horario, causal de terminación.

En la demanda se afirma que la relación laboral tuvo vigencia desde el 1 de junio de 1987 hasta el 31 de julio de 2006. Ningún elemento de juicio apunta a sustentar estas fechas pues los testigos no son precisos sobre el tema y el demandado niega la relación laboral. Sin embargo, el señor Cortes manifestó en la audiencia realizada ante la personería de Pauna que la supuesta sociedad tuvo lugar desde 1990 aproximadamente, por lo que el último día de dicho año se tendrá como fecha de inicio de la relación⁵⁷. Para determinar la fecha de terminación, observa esta Colegiatura que en el acuerdo conciliatorio se determinó que el 1º de abril de 2006 se haría entrega del predio pero que para el 19 de julio de dicho año el pacto no se había cumplido, según constancia dejada por el demandado ante el notario primero de Chiquinquirá (folio 133) por lo que se tiene como demostrado que, al menos hasta esa fecha la actora continuaba realizando las habituales labores en el predio del demandado.

Así se establecen como extremos de la relación laboral reconocida, del 31 de diciembre de 1999 hasta el 19 de julio de 2006.

Acerca de la **modalidad del contrato** deberá esta Colegiatura aplicar el contenido del art. 47 del CST y declarar que lo fue a término indefinido.

Sobre el monto del **salario**, si bien se aduce que correspondía a \$30.000,00, más otro monto igual por el pastaje de una vaca, no obra al respecto ninguna prueba. No obstante, en virtud del art. 148 de la misma obra, debe entenderse que éste en ningún caso puede ser inferior al m.l.m.v. que, por ende, se tomará para efecto de practicar las liquidaciones a que haya lugar.

En lo que tiene relación con **el horario** aprecia la Sala que no probó la actora el señalado en su demanda (lunes a domingo de 5 de la mañana a 6 de la tarde, incluyendo los festivos). Es así como los testigos difieren en este punto pero no dejan duda acerca de que las labores ocupaban al menos la jornada máxima legal, por lo que se tomará esta para los efectos que correspondan.

Respecto de la **causal de terminación del contrato**, se solicita en la demanda que se declare que lo fue por despido sin justa causa. Para resolver encuentra esta Colegiatura que efectivamente la iniciativa de poner fin a la relación laboral provino del empleador, según se advierte a folio 34 con la nota que le envió a la demandante. Así, acreditado el despido, corresponde al empleador acreditar en el juicio la existencia de las causales que para el efecto esgrimió.

No obstante ningún elemento de juicio permite concluir que efectivamente se estuviera presentando hurto de leche, daño a los cercados linderos, tala ilegal de árboles y amenaza a inquilinos por parte de la demandante o de sus hijos, que motivaran la terminación del vínculo. Palmario resulta que debe reconocerse el despido injustificado rogado.

De los derechos reclamados. La prescripción.

Se solicita el reconocimiento de salarios insolutos, cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones, primas, dotaciones, dominicales, festivos, pensión por el art. 267 del C.S.T., sanción moratoria del art. 65 C.S.T.

Previamente debe la Sala resolver respecto de la excepción de prescripción propuesta por el demandado.

Esta figura está consagrada en el CST -art. 466- y en el 151 del CPTSS, normas según las cuales opera cumplidos 3 años desde que la obligación se haya hecho exigible. En el caso que ocupa a esta Sala de decisión, según quedó visto, la terminación del vínculo laboral tuvo lugar el 19 de julio de 2006. La demanda fue presentada el 28 de julio de 2009 (folio 6), sin que obre constancia de que con anterioridad a esta última fecha la trabajadora haya efectuado reclamación alguna a su ex empleador. Consecuencialmente, procedería reconocer la prescripción de los derechos emanados de la relación laboral que se hayan causado antes del 19 de julio de 2006, esto es, todos excepto la pensión. No

⁵⁷ De acuerdo con jurisprudencia contenida en sentencia de la SALA DE CASACIÓN LABORAL. Expediente No. 25580, 22 de marzo de 2006. M.P.Dr. EDUARDO LÓPEZ VILLEGAS,

obstante, encuentra esta Colegiatura que se presentó el 31 de julio de ese año una interrupción de la prescripción, en los términos del art. 2539 del C.C.⁵⁸ pues el demandado MANUEL IGNACIO CORTES CASTILLO compareció ante la notaría 1ª de Chiquinquirá con el ánimo de dar acatamiento a sus obligaciones, esto es, de satisfacer sus obligaciones con la actora las cuales, según queda visto, en realidad derivan del contrato de trabajo.

Así entonces, a partir de dicha fecha y hasta el 31 de julio de 2009 la demandante tenía un nuevo término a fin de hacer valer sus derechos y, en efecto, lo hizo a través de la demanda. No cabe por ende reconocer la prescripción y deberá procederse a la liquidación de los derechos causados desde el 19 de julio de 2003, esto es, 3 años antes de la terminación de la relación laboral, exceptuando las cesantías y la compensación por vacaciones que se reconocerán por todo el tiempo de la relación laboral pues solo se causa el derecho a reclamarlas al término de la misma... ”

...(...)

...”respecto de **la pensión sanción**, (deprecada en virtud del art. 267 del CST), se advierte por esta Corporación que evidentemente el demandado omitió el deber de afiliar a la demandante al sistema de seguridad social en pensiones y que la prestación de servicios transcurrió durante 15 años 6 meses (31 de diciembre de 1990 a 19 de julio de 2006), amén de que terminó por despido sin justa causa, por lo que cabe dar aplicación a la norma. Respecto de la edad de la reclamante se encuentra constancia dejada por el a quo en la audiencia en que absolvió interrogatorio (folio 80) según la cual, de acuerdo con la cédula de ciudadanía de la señora Peña (quien manifestó no saber ni lugar ni fecha de nacimiento) ésta nació en Chiquinquirá el 26 de mayo de 1942, por lo que se concluye que para cuando fue despedida tenía 54 años de edad y por ende es acreedora desde entonces a la pensión deprecada y así se reconocerá. Corolario de lo expuesto es que el demandado debe asumir el pago de la pensión a favor de su ex trabajadora, de manera vitalicia, a partir del 20 de julio de 2006, en cuantía equivalente al salario mínimo mensual legal vigente para cada año. Se reconocerá el pago de intereses de mora, a la tasa máxima fijada por la superbancaria, desde la fecha de causación sobre cada una de las mesadas adeudadas, hasta que se haga efectivo su pago.

En relación con la **indemnización moratoria**, entra la Sala a determinar si la actuación del demandado estuvo revestida de buena fe y concluye, de acuerdo con las probanzas, que no fue así. Si bien a lo largo del proceso negó la existencia de la relación laboral, su argumento respecto de la existencia de un contrato de aparcería no tuvo un respaldo sólido amen de que en el acuerdo conciliatorio no se estipuló de manera concreta la fecha y hora ni la notaría en que se llevaría a cabo la satisfacción de derechos de la señora Peña, señalando simplemente que ello se llevaría a cabo a mas tardar el 31 de julio en la notaria correspondiente. El demandado, motu proprio, se presentó en esa fecha de 2 a 6 de la tarde, en una de las notarías, sin informar nada de eso a la actora pero si generando una constancia de comparecencia para blindarse frente a futuras reclamaciones. Así entonces ha de imponerse la sanción establecida en el art. 65 del CST, a razón de \$13.600,00 diarios a partir del 20 de julio de 2006 y hasta cuando se satisfagan las prestaciones insolutas, por tratarse una trabajadora con salario mínimo.

Dado el resultado del proceso, las **costas** de primera instancia serán de cargo del demandado y no cabe imposición de las mismas en esta instancia...”

...(...)

Magistrada: FANNY ELIZABETH ROBLES MARTÍNEZ
Providencia: Consulta Sentencia / 06 de Mayo de 2013

⁵⁸ “La prescripción que extingue las acciones ajenas, puede interrumpirse, ya natural, ya civilmente. Se interrumpe naturalmente por el hecho de reconocer el deudor la obligación, ya expresa, ya tácitamente.”

Radicación: 2013-024

Proceso: ORDINARIO LABORAL

Demandante: Rafael Humberto Toloza

Demandado: Jorge Alberto Roldán Barreto

DESCRIPTOR: CONTRATO DE TRABAJO/ RELACION LABORAL/SUBORDINACION/

RESTRICTOR: ACCIDENTE DE TRABAJO / LUCRO CESANTE- DAÑO EMERGENTE

TESIS: ...“partirse de la caracterización de lo que es contrato de trabajo, según lo establecen los arts. 22, 23 y 24 del CST, a cuyo tenor literal:

“(…) **ARTICULO 22. DEFINICION.** Contrato de trabajo es aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona, natural o jurídica, **bajo la continua dependencia y subordinación de la segunda** y mediante remuneración.

ARTICULO 23. ELEMENTOS ESENCIALES. <Artículo subrogado por el artículo 1º. de la Ley 50 de 1990. El nuevo texto es el siguiente:>

1. Para que haya contrato de trabajo se requiere que concurren estos tres elementos esenciales:

a. La actividad personal del trabajador, es decir, realizada por sí mismo;

b. **La continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador**, que faculta a éste para exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato. Todo ello sin que afecte el honor, la dignidad y los derechos mínimos del trabajador en concordancia con los tratados o convenios internacionales que sobre derechos humanos relativos a la materia obliguen al país; y

c. Un salario como retribución del servicio.

2. Una vez reunidos **los tres elementos** de que trata este artículo, se entiende que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por razón del nombre que se le dé ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen.” (Subrayado y negrilla fuera del texto).

Ahora bien, en el caso en concreto el a quo no halló demostrada la existencia del contrato de trabajo aunque encontró probada una “relación de trabajo” pero no el elemento de la “subordinación”

“La subordinación del trabajador al empleador como elemento distintivo y definidor del contrato de trabajo ha sido entendida, según la concepción más aceptable por la doctrina y la jurisprudencia, como un poder jurídico **permanente** de que es titular el empleador para dirigir la actividad laboral del trabajador, a través de la expedición de órdenes e instrucciones y la imposición de reglamentos, en lo relativo a la manera como éste debe realizar las funciones y cumplir con las obligaciones que le son propias, con miras al cumplimiento de los objetivos de la empresa, los cuales son generalmente económicos. Se destaca dentro del elemento subordinación, no solamente el poder de dirección, que condiciona la actividad laboral del trabajador, **sino el poder disciplinario** que el empleador ejerce sobre éste para asegurar un comportamiento y una disciplina acordes con los propósitos de la organización empresarial y el respeto por la dignidad y los derechos de aquél”⁵⁹ (negrillas fuera de texto).

Refulge palmario entonces que el juzgador ignoró el contenido del art. 24 CST. cuyo tenor es el siguiente:

⁵⁹ Corte Constitucional. Sentencia 386/00. Magistrado, Antonio Barrera Carbonel

ARTICULO 24. PRESUNCION. Se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo. (...)"

Evidentemente en dicho artículo se encuentra consagrada una presunción legal en virtud de la cual cuando se acredita la prestación personal del servicio se presume que fue en virtud de una relación laboral, a menos que quien la niega demuestre que no fue subordinada y obedeció a un contrato de otra naturaleza. Reiterada y pacíficamente sobre el tema la Corte Suprema de Justicia ha señalado:

"(...)Para la Corte, el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo establece que "se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo" y no establece excepción respecto de ningún tipo de acto, de tal suerte que debe entenderse que, independientemente del contrato o negocio jurídico que de origen a la prestación del servicio, (que es en realidad a lo que se refiere la norma cuando alude a la relación de trabajo personal), la efectiva prueba de esa actividad laboral dará lugar a que surja la presunción legal.

Por esa razón, como con acierto lo argumenta el recurrente, **en ningún caso quien presta un servicio está obligado a probar que lo hizo bajo continuada dependencia y subordinación para que la relación surgida pueda entenderse gobernada por un contrato de trabajo.**

Y aunque esa posibilidad sí fue contemplada por el inciso 2 del artículo 2 de la Ley 50 de 1990, que subrogó al 24 del Código Sustantivo del Trabajo, aquel precepto fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional mediante la sentencia C-665 de 1998, precisamente por considerar lo que a continuación se transcribe:

"Cabe advertir que conforme lo establece el artículo 53 de la Carta Fundamental, el principio de la prevalencia de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de la relación laboral, implica como lo ha sostenido esta Corporación, un reconocimiento a la desigualdad existente entre trabajadores y empleadores, así como a la necesidad de garantizar los derechos de aquellos, sin que puedan verse afectados o desmejorados en sus condiciones por las simples formalidades.

"Y si la realidad demuestra que quien ejerce una profesión liberal o desarrolla un contrato aparentemente civil o comercial, lo hace bajo el sometimiento de una subordinación o dependencia con respecto a la persona natural o jurídica hacia la cual se presta el servicio, se configura la existencia de una evidente relación laboral, resultando por consiguiente inequitativo y discriminatorio que quien ante dicha situación ostente la calidad de trabajador, tenga que ser este quien deba demostrar la subordinación jurídica.

"Advierte la Corte que la presunción acerca de que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de esa naturaleza (inciso 1 de la norma demandada) implica un traslado de la carga de la prueba al empresario.

"El empleador, para desvirtuar la presunción, debe acreditar ante el juez que en verdad lo que existe es un contrato civil o comercial y la prestación de servicios no regidos por las normas de trabajo, sin que para ese efecto probatorio sea suficiente la sola exhibición del contrato correspondiente. Será el juez, con fundamento en el principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales (art. 53 CP.), quien examine el conjunto de los hechos, por los diferentes medios probatorios, para verificar que ello es así y que, en consecuencia, queda desvirtuada la presunción (...)"

Esto, desde luego, no significa que desaparezcan las posibilidades de contratos civiles o comerciales, o con profesionales liberales, desde luego, mientras no constituyan apenas una forma usada por quien en realidad es patrono y no

contrate para burlar los derechos reconocidos en la constitución y las leyes a los trabajadores⁶⁰ (subrayado y negrilla fuera del texto).

De acuerdo a lo anterior, se concluye que el juez debe interpretar los factores esenciales y las condiciones bajo las cuales se desarrollo el contrato materia de discusión a fin de lograr determinar la existencia o no de la relación laboral, teniendo presente que la presunción determinada en el art. 24 CST., puede ser desvirtuada al admitir prueba en contrario, mediante el aporte demostrativo que indique que dicho contrato se realizo de una manera independiente y autónoma, desvirtuando la existencia de la presunta subordinación en la relación contractual.

En este orden de ideas, le corresponde como carga probatoria a quien alega la existencia de una relación laboral, la de probar la prestación del servicios, quedando a cargo de quien la niega, la carga de demostrar que esa relación no era subordinada.

Ahora, sobre el tema del contrato de obra a que alude el demandado como argumento de defensa, vale traer la cita del tratadista GOMEZ ESTRADA

"...se impone, una reiteración aclaratoria: que la prestación de servicios inmateriales que se considera incorporada en la denominación "contrato de obra" o "contrato de empresa", es la que no supone relación de subordinación o dependencia con quien se beneficia del servicio, es decir, es aquella prestación del servicio en que el empresario, artífice o contratista obra al prestarlos con libertad, autonomía e independencia respecto de quien lo ocupa. Porque cuando la presentación de los servicios inmateriales a de realizarse bajo la relación de subordinación o dependencia con el interesado en ellos, entonces ya se trata en un contrato común y corriente de trabajo, sujeto en su régimen jurídico del derecho laboral, en ningún caso a las del contrato de obra...

***...la diferencia entre el contrato de obra y el contrato de trabajo, consiste simplemente en que en el de obra no hay relación jerárquica de subordinación o dependencia entre el que ejecuta la obra y el que la encarga, al paso en que en el contrato de trabajo si se da, con el carácter de esencial, esa relación de subordinación o dependencia jerárquica...**⁶¹* (Negrilla fuera del texto)

(...)

Magistrada: MARÍA ISBELIA FONSECA GONZÁLEZ
Providencia: Apelación Sentencia / 21 de Marzo de 2013
Radicación: 2008-129
Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: José Ricardo Alba Reina
Demandado: Jaime Rincón y Otros

⁶⁰ Corte Suprema de Justicia. Radicado 30437. M.P. Gustavo Jose Gnecco Mendoza.

⁶¹ GOMEZ ESTRADA, Cesar. "de los principales contratos civiles". Ed. Librería jurídica DIKE. 1ª edición, páginas 323 a 325.

DESCRIPTOR: CONTRATO DE TRABAJO/ TÉRMINO INDEFINIDO /

RESTRICTOR: DERECHOS LABORALES/

TESIS: ...” **Existencia de contrato de trabajo.** El artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, subrogado por el artículo 1º de la Ley 50 de 1990 establece como requisitos, para que exista contrato de trabajo: a. La actividad personal del trabajador, es decir, realizada por sí mismo; b. La continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador, que faculta a éste para exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato. Todo ello sin que afecte el honor, la dignidad y los derechos mínimos del trabajador en concordancia con los tratados o convenios internacionales que sobre derechos humanos relativos a la materia obliguen al país; y c. Un salario como retribución del servicio.

Igualmente, el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo establece que se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo, en virtud de esta presunción le basta al trabajador demostrar la prestación personal del servicio para que se deduzca que dicha actividad es de carácter subordinado. Como consecuencia le corresponde al empleador demostrar que el servicio prestado era de otra naturaleza para que se inapliquen las efectos laborales.

En ese sentido, la Corte Constitucional en sentencia C -665 de 1998, M.P. HERNANDO HERRERA VERGARA, indicó que “para desvirtuar la presunción el empleador debe acreditar que en verdad lo que existe es un contrato civil o comercial o de prestación de servicios no regidos por las normas de trabajo, sin que para ese efecto probatorio sea suficiente la sola exhibición del contrato correspondiente”

En el caso examinado el demandante, alega que trabajó como vocero, tiqueteador, despachador y pregonero para los demandados en el Terminal de Transportes de Tunja, mientras que la parte demandada sostiene que no existió relación laboral, porque los voceros y pregoneros hacen presencia en el Terminal y sin que medie autorización de las empresas transportadoras ni de los administradores de las agencias, estas personas se dedican a dicha labor con la expectativa que el conductor del vehículo les dé alguna propina. En ese orden se debe examinar el material probatorio con el fin de establecer si el demandante cumplió con la carga procesal de probar la actividad personal y a su vez si los demandados lograron desvirtuar la presunción que opera en su contra.

...(...)

...considera la Sala que una vez más se acreditó que el demandante cumplió de forma personal y permanente la labor de pregonero en el Terminal de Transportes de Tunja, tal como se ha concluido del examen de la totalidad del material probatorio; porque si bien los testigos referenciados manifestaron que eran ellos quienes le pagaban \$1.000 o \$3.000 al demandante y no los demandados, pues quedó demostrado que el demandante estaba incluido en la nómina de trabajadores, por lo que no se desconoce que los conductores de los buses le hayan dado algún dinero al actor por ayudarles a conseguir pasajeros, pues así fue aceptado por ellos mismos, pero puede entenderse que este dinero era entregado a título de “propina” como un acto de mera liberalidad de los conductores, sin que ello constituya salario, pues así lo dispone el artículo 131 del Código Sustantivo del Trabajo. Finalmente, indicaron que el demandante prestaba sus servicios a todas las empresas de servicio público del Terminal de Transportes de Tunja, frente a esta situación no encuentra reparo alguno la Sala, porque de acuerdo a lo establecido en el artículo 25 del Código Sustantivo del Trabajo, es posible que un mismo trabajador “celebre contratos de trabajo con dos o más patronos, salvo que haya pactado la exclusividad de servicios en favor de uno solo”, y en vista que no está probado que existiera una cláusula de exclusividad, nada impide que coexistan varios contratos de trabajo.

Luego del análisis de la prueba recaudada no hay duda alguna que entre el demandante y los demandados existió un contrato verbal de trabajo a término indefinido, el cual no fue desvirtuado por la parte pasiva porque la profusa prueba demostró sin equívocos que el demandante prestó sus servicios personales como “revolador” o pregonero, estaba afiliado al Sistema de Seguridad Social en Salud, se encontraba incluido en nómina y portaba un carnet que lo identificaba como trabajador de la empresa Coflonorte, razón por la cual el fallo de primera instancia será revocado y en consecuencia se determinará que acreencias laborales proceden.

Se tendrá como extremo inicial del contrato de trabajo el día 27 de noviembre de 2000, pues así lo acredita el carnet de Saludcoop⁶² y como extremo final el día 30 de abril de 2004, fecha señalada por la testimonial de José Hugo Ladino Pacheco⁶³, tal como fueron referidos en el escrito de la demanda.

De otro lado, si bien el señor Gonzalo Izaquita fue vinculado al proceso como litisconsorte necesario; de la prueba documental aportada se establece que el demandado no suscribió ninguno de los contratos comerciales para la administración de la agencia de Coflonorte en el Terminal del Transportes de Tunja durante los extremos temporales en los que se desarrolló la relación laboral, por lo que no hay lugar a declarar la existencia del contrato de trabajo entre el demandante y el demandado Gonzalo Izaquita...”

...(...)

Magistrada: MARÍA ISBELIA FONSECA GONZÁLEZ
Providencia: Apelación Sentencia / 07 de Febrero de 2013
Radicación: 2010-310
Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: Teresa de Jesús Castro Vega
Demandado: María Alejandrina Peña y Otro

DESCRIPTOR: CONTRATO DE TRABAJO/DERECHOS SALARIALES/DERECHOS PRESTACIONALES/DERECHOS INDEMNIZATORIOS

RESTRICTOR: FALLO ULTRA Y EXTRAPETITA

TESIS...” ... uno de los aspectos en los que centra su inconformidad la parte demandada se contrae a que el fallador de primer grado erró al tener como indicio en contra de esta parte la falta de contestación de la demanda.

Al respecto, El Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social en su artículo 31, parágrafo 2°, señala que “La falta de contestación de la demanda dentro del término legal se tendrá como indicio grave en contra del demandado.”

Como se advierte de la norma citada, la sola circunstancia de que no se conteste la demanda o no se acuda a los interrogatorios decretados como prueba en el proceso, no implica ipso facto, que la presunción o el indicio que esta conducta envuelve, según la ley, conduzca a que el juez se vea impelido a dictar sentencia desfavorable a los intereses de quien actuó de esa manera.

Pues, se requiere examinar las circunstancias en las que se produjo la conducta omitida para determinar la viabilidad de aplicarle los efectos adversos que consagra la norma, y en el caso, que se examina da cuenta el cartulario que la parte demandada no fue notificada personalmente del auto admisorio de la demanda, se ordenó su emplazamiento

⁶² Fl. 8

⁶³ Fl. 370

en providencia del 15 de marzo de 2007 cumplido lo anterior se le designó curador ad-litem, quien contestó la demanda dentro del término legal, Mediante auto del 2 de mayo de 2007 (fl.53), el Juez de primera instancia tuvo por contestada la demanda, como consecuencia convocó a las partes a la audiencia de conciliación. (fols 45 a 53 del C.O).

De lo anterior se concluye que indudablemente, no se dan los presupuestos de la norma citada para estructurar el indicio en contra de la demandada, porque en primer lugar no se le notificó personalmente la demanda y de otra parte, el traslado de la demanda se cumplió a través de curador quien la contestó oportunamente y se tuvo por contestada tornándose improcedente aplicarle los efectos procesales que consagra el parágrafo 2º del artículo 31 del Código Procesal del Trabajo como bien lo alega la apelante.

Ahora, el artículo 77 del Código Procesal del Trabajo establece que si las partes no concurren a la audiencia de conciliación,: “...se presumirán ciertos los hechos de la demanda susceptibles de confesión.” O “Cuando los hechos no admitan prueba de confesión, la no comparecencia de las partes se apreciará como indicio grave en su contra.”

...(…)...

...” Otro de los argumentos de la apelante se reduce a la imposibilidad jurídica de declarar confesa a la parte demandada al amparo del artículo 210 del C.P.C. al cual remite el art. 145 del C.P.L. por no presentarse el día 22 de agosto de 2007 cuando se llevó a cabo la segunda audiencia de trámite, con el fin de absolver el interrogatorio de parte solicitado por la demandante, quien en la audiencia respectiva formuló el cuestionario que debía responder y solicitó que en caso de no comparecieran se declararan confesos.

El 210 del Código de Procedimiento Civil, aplicable por remisión del art. 145 del Código Procesal del Trabajo al referirse a la confesión ficta señala:

“La no comparecencia del citado a la audiencia, la renuencia a responder y las respuestas evasivas, se hará constar en el acta y hará presumir ciertos los hechos susceptibles de prueba de confesión sobre los cuales versen las preguntas asertivas admisibles, contenidas en el interrogatorio escrito.

La misma presunción se deducirá, respecto de los hechos de la demanda y de las excepciones de mérito, o de sus contestaciones, cuando no habiendo interrogatorio escrito el citado no comparezca.

En ambos casos, el juez hará constar en el acta cuáles son los hechos susceptibles de confesión contenidos en el interrogatorio escrito, en la demanda, las excepciones de mérito, o sus contestaciones, que se presumen ciertos.

Si las preguntas no fueren asertivas o el hecho no admitiere prueba de confesión, la no comparecencia, la respuesta evasiva o la negativa a responder, se apreciarán como indicio grave en contra de la parte citada.” (Negrilla fuera del texto).

En efecto, la norma citada sanciona la conducta de la parte que injustificadamente se abstiene de comparecer al proceso a responder el interrogatorio con el cual la contraparte quiere demostrar los hechos que le interesan y esa sanción se contrae a concluir de ese comportamiento una confesión presunta, o lo que es lo mismo admitir que el rebelde reconoce como ciertas las afirmaciones de la parte contraria. Pero, no basta la inasistencia de la parte a cumplir con la aludida carga procesal, porque se requiere que ésta sea injustificada, y en el caso examinado es claro que medió una causa razable, cual es que la demandada no fue notificada personalmente del adelantamiento del proceso,

venía representada en el trámite por curador y su arribo al proceso se produjo cuando se agotó la etapa de trámite, y de otra parte la Juez de la causa no calificó los hechos susceptibles de confesión como lo ordena el inciso 3º del artículo reproducido, siendo claro que no se dan los presupuestos para aplicarle a dicha parte los efectos procesales de la confesión ficta.

De donde fuerza concluir que los efectos procesales adversos derivados de la incomparecencia de la demandada a concurrir al proceso para notificarse de la demanda, contestarla, como asistir a la audiencia de conciliación y a la de trámite, programada para que absolviera el interrogatorio no son procedentes en el caso examinado como se expuso.

Sin embargo, el que a la parte demandada no se le puedan deducir los efectos procesales adversos por no concurrir al proceso en las oportunidades indicadas, no alcanza a quebrar el fallo de primera instancia, porque de una parte aún en el evento en que los efectos discutidos le fueran aplicables estos por sí solos no definen la controversia porque esas circunstancias deben ser valoradas con las demás pruebas que obran en el proceso como lo indica el artículo 61 del C.P.L. y de otra parte en el caso examinado se recogieron otras pruebas que sustentan mercedamente las pretensiones de la demanda, como se verá.

En efecto, descendiendo al examen del contrato de trabajo cuya declaratoria demanda Teresa de Jesús Castro Vega, se tiene que es aquél por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración.

Conforme a lo dispuesto en el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, los elementos esenciales del contrato de trabajo son: 1) La actividad personal del trabajador, es decir, realizada por sí mismo; 2) 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, 3) 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 legal que admite prueba en contrario, esto es demostrándose por parte del demandado que los servicios prestados por el demandante no fueron subordinados sino que obedecieron a una relación de naturaleza diferente a la laboral...”

...(...)

Magistrada: MARÍA ISBELIA FONSECA GONZÁLEZ
Providencia: Apelación Providencia / 07 de Febrero de 2013
Radicación: 2011-524
Proceso: EJECUTIVO LABORAL
Demandante: Martha Isabel Hidalgo Peña
Demandado: Fiduciaria La Previsora y Otros

DESCRIPTOR: FUERO SINDICAL/ ACCION DE REINTEGRO/

RESTRICTOR: CONCILIACION/

TESIS...” La señora MARTHA ISABEL HIDALGO DE PEÑA demanda ejecutivamente para que se libere mandamiento de pago por las condenas impuestas en la sentencia judicial proferida por esta Sala el 23 de julio de 2008⁶⁴, radicado dentro del proceso de fuero sindical radicado con el No. 2008-175, la cual dispuso en su parte resolutive:

“Primero: Revocar la sentencia de primera instancia proferida el 1º de febrero de 2008, por el JUZGADO TERCERO LABORAL DEL CIRCUITO DE TUNJA, dentro del proceso de fuero sindical “Acción de Reintegro” radicado bajo el No. 2006-079, adelantado por la señora MARTHA ISABEL HIDALGO DE PEÑA contra FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., EMPRESA NACIONAL DE TELECOMUNICACIONES TELECOM – EN LIQUIDACIÓN Y EL CONSORCIO FIDUAGRARIA S.A. Y FIDUCIARIA POPULAR S.A. PARA LA CONSTITUCIÓN DEL PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES TELECOM-PAR, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

Segundo: En consecuencia se ordena el reintegro de la señora MARTHA ISABEL HIDALGO DE PEÑA, a un cargo igual o equivalente al que venía desempeñando al momento del despido, sin solución de continuidad, y hasta cuando se decida sobre el permiso solicitado en el proceso de Fuero Sindical radicado bajo el No. 2003-292 que cursa en el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Tunja.

Tercero: Ordenar al demandada CONSORCIO FIDUAGRARIA S.A Y FIDUCIARIA POPULAR S.A. PARA LA CONSTITUCIÓN DEL PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES TELECOM-PAR, pagar a favor del demandante los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir desde el momento del despido y hasta cuando se efectúe efectivamente el reintegro, junto con la indexación de conformidad con la tabla que para el efecto profiere el DANE.

(...)”

En principio, la sentencia señalada prestaría mérito ejecutivo, no obstante atendiendo a que el Gobierno Nacional mediante Decreto 1615 del 12 de junio de 2003, ordenó la “supresión y liquidación de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones -Telecom, Empresa Industrial y Comercial del Estado del orden nacional, vinculada al Ministerio de Comunicaciones, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio e independiente”, regulación modificada a su vez por el Decreto 2062 de 2003, mediante el cual se ordenó la supresión de todos los cargos que conformaban la planta de personal de TELECOM, y por el Decreto 4781 del 30 de diciembre de 2005 que en su artículo 2º dispuso que la duración del proceso de liquidación y terminación de la existencia legal de la entidad sería hasta el 31 de enero del año 2006, de tal forma que para la fecha en que se ordenó el reintegro de la demandante al cargo que desempeñaba antes de ser despedida, dicha entidad se encontraba liquidada y extinguida, situación que tornaría imposible el cumplimiento la primera parte de la sentencia.

Muestra la documental, que las partes el 13 de julio de 2009, ante el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá D.C., celebraron una conciliación en la que consta que reconocen y aceptan que:

“3. (...) en el caso bajo examen el reintegro no es posible por supresión de la entidad y por tanto la obligación de hacer que emana de la sentencia judicial referida se torna jurídica y físicamente imposible de cumplir por cuanto desaparecieron las dependencias en que el demandado laboraba, aunado al hecho de que el PAR es un conjunto de bienes administrados bajo un contrato de fiducia mercantil administrados por el CONSORCIO REMANENTES TELECOM, integrado por FIDUAGRARIA S.A. y FIDUCIARIA POPULAR S.A., que no cuenta con planta de personal a la cual pudiera reintegrarse el señor (sic) HIDALGO DE PEÑA.

⁶⁴ F.l 7-24

4. Así las cosas, en razón de que el CONSORCIO REMANENTES TELECOM integrado por FIDUAGRARIA S.A. y FIDUCIARIA POPULAR S.A., administrador del PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES DE TELECOM- PAR, le es imposible cumplir con la sentencia referida, en cuanto al reintegro del Demandante por no contar con una plante de personal para ello, es necesario conciliar el pago de salarios, prestaciones sociales y todos los derechos laborales e indemnizaciones derivados de la sentencia judicial citada y en general de la relación laboral celebrada entre la señora MARTHA ISABEL HIDALGO DE PEÑA y TELECOM.

5. En consecuencia, las partes acuerdan conciliar el cumplimiento total de la sentencia arriba mencionada especialmente en lo referido al pago de los salarios y prestaciones sociales adeudados desde el 1 de febrero de 2006 y hasta la fecha del reintegro, de conformidad con la liquidación que se anexa, incluida la indemnización convencional liquidada desde el 1 de febrero de 2006 hasta el 30 de junio de 2009; en lo referido; al reintegro las partes acuerdan conciliarlo mediante el pago de una indemnización en las condiciones que más adelante se especificarán-

6. Por lo anterior, las partes de común acuerdo manifiestan que como resultado de la presente conciliación, se da por terminada la relación laboral existente entre la señora MARTHA ISABEL HIDALGO DE PEÑA y la EMPRESA NACIONAL DE TELECOMUNICACIONES- TEECOM.

7. Con base en lo anterior el PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES pagará a la señora MARTHA ISABEL HIDALGO DE PEÑA ante su apoderada doctora MARÍA CANDELARIA TORRES BARRERA y a nombre de la extinta EMPRESA NACIONAL DE TELECOMUNICACIONES – TELECOM las siguientes sumas de dinero:

7.1. La suma de \$121.886.657,11 por concepto de los salarios y prestaciones sociales y demás derechos laborales que las convenciones colectivas, Decretos, Resoluciones y Directivas emanadas de la extinta TELECOM reconocen, causados desde el 1 de febrero de 2006 al 30 de junio de 2009.

7.2. Por la imposibilidad del reintegro el PAR le reconoce y paga a la señora MARTHA ISABEL HIDALGO DE PEÑA la suma de \$111.006.649,06 por concepto de indemnización.” (Resaltado fuera del texto)

En este orden, resulta incontestable que las partes modificaron el cumplimiento de la sentencia, poniéndole punto final al vínculo laboral con el pago de una indemnización ante la imposibilidad de reintegrar a la demandante y al pago de los derechos salariales y prestacionales a cargo de la entidad demandada; como resultado el PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES se obligó a consignarle en cuenta de ahorros de la demandante la suma de \$228.167.285,00, dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la suscripción de la conciliación la cual fue aprobada por el Juez Veintisiete Laboral del Circuito Judicial de Bogotá D.C., como consecuencia hizo tránsito a cosa juzgada y presta mérito ejecutivo.

Por esa razón y ante el incumplimiento del PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES a lo acordado en la conciliación MARTHA ISABEL HIDALGO DE PEÑA promovió demanda ejecutiva para obtener el pago de las sumas de dinero convenidas, la cual correspondió por reparto al Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de esta ciudad el cual libró mandamiento ejecutivo⁶⁵; notificada la demandada propuso excepciones contradiciendo la validez del acta de conciliación base de ejecución, las cuales fueron despachadas desfavorablemente, como consecuencia se ordenó

⁶⁵ F.l 1001-1003

proseguir la ejecución, la decisión fue apelada y resuelta por esta Sala en audiencia del 14 de agosto de 2012, bajo el radicado 2011 – 348, con ponencia de la Dra. FANNY ELIZABETH ROBLES MARTÍNEZ, confirmando la decisión, de esa manera se repite la ejecución siguió adelante.

De donde resulta claro que la conciliación entre las partes produjo los efectos extintivos de las obligaciones precedentes, en este caso las contenidas en la sentencia que ahora se invoca como título ejecutivo para ser reemplazada por una obligación nueva, que difiere de aquella por el aspecto real de su estructura, pues la aquí demandada dejó de ser deudora de las obligaciones impuestas en la sentencia, para pasar a serlo únicamente de las obligaciones estipuladas en la conciliación.

De donde fuerza concluir, que si bien es cierto la sentencia en términos generales hace tránsito a cosa juzgada y presta mérito ejecutivo, también es axiomático que las partes acordaron libre y voluntariamente ante un Juez de la República, por la vía de la conciliación, variar el cumplimiento de las obligaciones impuestas en la sentencia, como consecuencia ésta perdió fuerza ejecutiva, resultando improcedente librar mandamiento de pago como lo consideró la primera instancia, por ello la decisión debe confirmarse.

De otra parte, resulta irrazonable que en el sub-lite pueda explorarse judicialmente la posibilidad de liquidar salarios y prestaciones sociales, porque aquellas obligaciones como da cuenta la prueba y lo acepta la misma ejecutante fueron convenidas con el pago de una suma liquida de dinero por la cual se adelanta una ejecución ante el Juzgado 4º Laboral del Circuito de Tunja la cual fue confirmada por esta instancia, dándole plena eficacia jurídica al acuerdo conciliatorio entre las partes, razón por la cual no puede la apelante promover un doble cobro derivado de una misma causa.

Pues, se repite, está probado a todas luces que las partes libre y voluntariamente novaron la obligación y éste es un modo de extinción de las obligaciones, que consiste en la sustitución de una obligación anterior por una nueva, su construcción puede asumir dos formas contempladas en los numerales 2º y 3º del artículo 1690 del C.C., definida como subjetiva y la objetiva en el numeral 1º de la norma indicada. Entendiéndose por esta última, la que se surte mediante acuerdo de voluntades entre los mismos sujetos acreedor y deudor de la obligación primitiva, en virtud del cual estos dan por extinguida la obligación anterior, reemplazándola por otra nueva que difiere de aquella por el aspecto real de su estructura, dejando de esa manera el deudor de serlo respecto de la primera obligación, para pasar a serlo únicamente de la segunda, como antes se expuso.

En atención a las anteriores premisas fácticas y normativas, al modificarse por acuerdo entre las partes el cumplimiento de la sentencia que puso fin al proceso especial de fuero sindical, no puede la parte demandante promover demanda ejecutiva con base en esta providencia judicial, toda vez que dicho título dejó de existir para fines judiciales, porque las obligaciones fueron conciliadas y este acuerdo tiene plena validez, surte plenos efectos jurídicos como lo consideró esta instancia al resolver el recurso de apelación contra la providencia del 20 de octubre de 2012, dictada por el Juzgado Cuarto Laboral de esta ciudad dentro del proceso ejecutivo que se adelanta con fundamento en la conciliación.

De donde resulta improcedente la ejecución a partir de la sentencia de fuero sindical, que invoca la demandante como base de ejecución, porque perdió fuerza ejecutiva, no se puede patrocinar una doble ejecución derivada de una misma causa con riesgo patrimonial para la ejecutada, tampoco justifica la nueva acción el que la sentencia pueda prescribir lo cual se evita, según la apelante, suspendiendo el proceso mientras se define la acción ordinaria que adelanta la demandada para invalidar el acta de conciliación, porque en materia ejecutiva no procede la suspensión del proceso ejecutivo, como claramente lo señala el numeral 2º del art. 170 del C.P.C. porque los hechos en que se sustenta la demanda ordinaria pueden alegarse como excepción de fondo, como en efecto lo hizo la ejecutada, y fue decidido en ambas instancias judiciales con efectos de cosa juzgada como se resaltó en precedencia...”

...”

CONSEJO EDITORIAL

DR. JORGE EDUARDO RAMÍREZ AMAYA
PRESIDENTE

DR. LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA
VICEPRESIDENTE

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

ⁱ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 26 de agosto de 1982.
ⁱⁱ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 29 de mayo de 2002. Rad. 16.441.
ⁱⁱⁱ Consejo de Estado Sección Tercera. Sentencia del 6 de mayo de 1993.