



BOLETÍN DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE TUNJA

Julio de 2014.
Relatoria



SALA CIVIL – FAMILIA

MAGISTRADO: Dr. Horacio Tolosa Aunta
PROVIDENCIA: Apelación de Sentencia /09 de Abril de 2014
CLASE DE PROCESO: RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL
DEMANDANTE: FELIPE CASTELLANOS MALDONADO Y OTRA
DEMANDADO: CLÍNICA ESPECIALIZADA DE LOS ANDES E.P.S. S.A.
RADICACIÓN: 2011-0417 (2007-00261)

DESCRIPTORES – Restrictores:

**RESPONSABILIDAD MEDICA/ ACTIVIDAD PELIGROSA/ VÍNCULO JURÍCO- MÉDICO
PACIENTE/- Precedente Jurisprudencial.**

TESIS: ...” En ese entendido, atañe al impugnante formular reparos o cargos concretos que cuestionen y busquen desvirtuar los argumentos contenidos en la sentencia que se recurre y frente a los argumentos que fundamentan la decisión tomada, con miras a obtener uno o varios fines connaturales al recurso. Es decir, el recurrente asume la carga procesal de la argumentación o de la fundamentación, y en su escrito debe precisar los cargos y cuestionar apartes específicos o la totalidad de la sentencia debatida, pero eso sí, haciendo referencia a las motivaciones de aquella y de las cuales disiente, carga que implica, al decir desde el Derecho Romano, que la forma es contenido y que refiere a que mas allá de las formalidades, se contraiga a lo sustancial de la decisión y en esa forma se exponga los argumentos. (...) 2.2 Es por esto que el artículo 357 del C.P.C., señala como competencia del superior que este no puede enmendar la providencia en lo que no fue objeto del recurso, con la salvedad allí establecida, y con las excepciones que la norma establece. (...) Esta Colegiatura, antes de resolver los problemas jurídicos planteados, considera pertinente hacer algunas apreciaciones frente a este tema: La Responsabilidad Civil Contractual, respecto a la falla médica, en la prestación del servicio, demanda la concurrencia de unos elementos para que se configure la misma, y probados éstos, necesariamente se debe ordenar que sea resarcido el daño. RESPONSABILIDAD MÉDICA EN COLOMBIA. Actualmente en Colombia la responsabilidad medica es de medios y no de resultados; es decir el galeno no está en la obligación de garantizar la salud del enfermo, pero si de brindarle todo su apoyo en procura de su mejoría. Excepcionalmente es de resultado como en aquellos casos de cirugías estéticas, donde el paciente piensa que va a obtener un resultado por la información deficiente que dan los facultativos; pues la información sesgada puede dar expectativas irreales y es la que genera la responsabilidad. La obligación contractual o extracontractual del médico, respecto de la persona a quien va a tratar, es una prestación de servicios enmarcada en el consentimiento. Con respecto a la mala práctica médica, esta se podrá definir como una situación de impericia, negligencia o indolencia profesional, donde el galeno produce un resultado que no previó, que no anticipó y que sin embargo era anticipable, representable y objetivamente previsible, y donde la imprudencia grave, es entendida como la omisión de todas las precauciones exigibles, que debieron adoptarse en el suceso o evento de que se trate, o al menos de los más elementales o rudimentarios. Definitivamente, la relación médico-paciente está reglada por un expreso acuerdo de voluntades, mediante el cual el médico queda comprometido, generalmente por una obligación de medios, a empeñar todo su consentimiento, destreza y juicio clínico. Aunque ya la jurisprudencia Nacional e Internacional le ha asignado a ciertas áreas de la medición la condición de obligación de resultados o fines. Es toral recalcar, que en virtud de este vínculo contractual, las instituciones de salud deben cumplir de forma cautelosa y segura, con todos los cuidados preestablecidos y bajo ningún concepto deben entender su responsabilidad como meramente de medios. El cuidado del paciente se convierte para la institución en una verdadera obligación de resultados, debiendo ser exigente consigo mismo y con todo el personal bajo su cargo, a fin de asegurar la calidad en la prestación de servicios médicos a todos los usuarios. El médico que comete un error profesional sobre el diagnóstico de la enfermedad sufrida por el paciente, puede incurrir en responsabilidad si no

adoptó los medios o empleó las técnicas adecuadas, según impone el estado actual de la ciencia. Ahora bien, esta afirmación no quiere decir, que deba interpretarse la diligencia exigida al médico, de manera que un simple error, pueda constituir siempre falta de un deber de cuidado, ya que, en ocasiones, la sintomatología puede confundirse o puede que la enfermedad se encuentre en sus primeros episodios y sea difícil un reconocimiento de la misma. En sentido contrario, en el caso de que nos encontremos ante una enfermedad cuyos síntomas son claramente distinguibles, existe negligencia del médico si no emite tal diagnóstico y como consecuencia, se produce el resultado dañoso. Sobre el tema se tiene planteado: “2.Tratando la responsabilidad civil de los médicos por la prestación del servicio profesional, desde hace algún tiempo, la Corte ha venido predicando que ésta es una responsabilidad que se deduce mediando la demostración de la culpa, independientemente de que la pretensión indemnizatoria tenga una causa contractual o extracontractual. Desde luego, que ésta no ha sido la constante posición de la Corporación, porque, en el ámbito de la responsabilidad extracontractual, en sentencia dictada el 14 de octubre de 1959 (G.J. No. 2217, pág. 759 y s.s.), inmotivadamente se sostuvo como principio general que a la responsabilidad extracontractual del médico era *“aplicable el artículo 2356 del Código Civil por tratarse de actividades peligrosas”*. Además, anteladamente había trabajado el tema bajo el criterio de la presunción de culpa, exactamente en sentencia de 14 de marzo de 1942, donde examinando un caso de responsabilidad civil extracontractual, no obstante hacer todo un análisis probatorio para deducir la falta de prudencia del médico demandado, invocó como fundamento de derecho, entre otros, el artículo 2356 del Código Civil, y remató su estudio diciendo *“el error de diagnóstico o de tratamiento puede disminuir y aún excluir la culpa y la responsabilidad por parte de un médico, cuando se trate de casos que aún permanezcan dentro del campo de la controversia científica, más no, así en aquellos que, como el presente –el mal de rabia- la ciencia médica tiene ya suficientemente estudiados y conocidos, de suerte que ha de presumirse que un facultativo competente y diligente no puede ignorar, en presencia de uno de esos casos, lo que le corresponde hacer para salvar la vida del paciente que a su saber y a su diligencia se confía”*. De otro lado, ya en el punto de la responsabilidad contractual del médico, tampoco puede olvidarse como antecedente doctrinal, así se haya producido extrañamente a propósito de caso diferente (incumplimiento de un contrato de asistencia técnica y financiera para cultivo de tomate), el planteado en la sentencia de casación de 3 de noviembre de 1977, donde la Corte poniendo un ejemplo con ocasión del análisis del requisito de que el daño debía ser consecuencia directa del incumplimiento de la obligación, formuló, por lo menos para el ejemplo, se repite, una inversión de la carga probatoria en el tema de la responsabilidad médica. Dijo la Corte en dicha providencia: *“Esta condición o requisito del daño aparece de suyo en el proceso. Si el paciente fallece, valga de nuevo el ejemplo, y sus herederos afirman que el médico obligado a tratarlo suspendió o disminuyó sus servicios desde determinado momento, no puede exigírseles que demuestren que el fallecimiento de su causante se produjo precisamente por la supresión o disminución del tratamiento. Es el médico a quien corresponde demostrar, ora que sí prestó competentemente sus servicios hasta el final, ora que no pudo continuar prestándolos por fuerza mayor o caso fortuito, ora que aún el supuesto de haberlos prestado hasta última hora el paciente hubiera fallecido de todos modos”* (G.J. No. 2398, pág. 332). Igualmente la sentencia de 26 de noviembre de 1986 (G.J. No. 2423, págs. 359 y s.s.), donde, con respecto al mismo tema, la Corte presume la culpa para el evento en que se ha asegurado por parte del médico un *“determinado resultado”* y *“no lo obtiene”*. Es en la sentencia de 5 de marzo de 1940 (G.J. t. XLIX, págs. 116 y s.s.), donde la Corte, empieza a esculpir la doctrina de la culpa probada, pues en ella, además de indicar que en este tipo de casos no sólo debe exigirse la demostración de *“la culpa del médico sino también la gravedad”*, expresamente descalificó el señalamiento de la actividad médica como *“una empresa de riesgo”*, porque una tesis así sería *“inadmisible desde el punto de vista legal y científico”* y haría *“imposible el ejercicio de la profesión”*. Este, que pudiera calificarse como el criterio que por vía de principio general actualmente sostiene la Corte, se reitera en sentencia de 12 de septiembre de 1985 (G.J. No. 2419, págs. 407 y s.s.), afirmándose que *“...el médico tan sólo se obliga a poner en actividad todos los medios que tenga a su alcance para curar al enfermo; de suerte que en caso de reclamación, éste deberá probar la culpa del médico, sin que sea suficiente demostrar ausencia de curación”*. Luego en sentencia de 26 de noviembre de 1986 (G.J. No. 2423, págs. 359 y s.s.), se ratificó la doctrina, inclusive invocando la sentencia de 5 de marzo de 1940, pero dejando a salvo, como antes se anotó, en el campo de la responsabilidad contractual, el caso en que en el *“contrato se hubiere asegurado un determinado resultado”* pues *“si no lo obtiene”*, según dice la Corte, *“el médico será culpable y tendrá que indemnizar a la víctima”*, a no ser que logre demostrar alguna causa de *“exoneración”*, agrega la providencia, como la *“fuerza mayor, caso fortuito o culpa de la perjudicada”*. La tesis de la culpa probada la consolidan las sentencias de 8 de mayo de 1990, 12 de julio de 1994 y 8 de septiembre de 1998. Con relación a la responsabilidad extracontractual del médico, siguiendo los lineamientos del artículo 2341 del C. Civil, la Corte reitera la doctrina sentada el 5 de marzo de 1940, sobre la carga de la prueba de la culpa del médico cuando se trata de deducírsele responsabilidad civil extracontractual por el acto médico defectuoso o inapropiado (medical malpractice, como se dice en USA), descartándose así la aplicabilidad de presunciones de culpa, como las colegidas del artículo 2356 del C. Civil, para cuando el daño se origina como consecuencia del ejercicio de una actividad peligrosa, tal como lo pregonó la Corte en las referidas sentencias de 1942 y 1959, porque la labor médica está muy lejos de poderse asimilar a ellas. Ciertamente, el acto médico y quirúrgico muchas veces comporta un riesgo, pero éste, al contrario de lo que sucede con la mayoría de las conductas que la jurisprudencia ha signado como actividades peligrosas en consideración al potencial riesgo que generan y al estado de indefensión

en que se colocan los asociados, tiene fundamentos éticos, científicos y de solidaridad que lo justifican y lo proponen ontológica y razonablemente necesario para el bienestar del paciente, y si se quiere legalmente imperativo para quien ha sido capacitado como profesional de la medicina, no sólo por el principio de solidaridad social que como deber ciudadano impone el artículo 95 de la Constitución, sino particularmente, por las *"implicaciones humanísticas que le son inherentes"*, al ejercicio de la medicina, como especialmente lo consagra el artículo 1º parágrafo 1º de la Ley 23 de 1981. Desde luego que el razonamiento precedente tiene validez, para cuando el acto médico o quirúrgico corresponde a un ejercicio legal de la profesión por persona o institución, que además de capacitada académicamente, está autorizada o habilitada oficialmente para dicha práctica, pues son esos los criterios valorativos que el acto demanda para entenderlo como de beneficio para el paciente y socialmente justificado, porque como bien lo ha explicado la jurisprudencia externa, *"la corrección del concreto acto médico ejecutado por el profesional de la Medicina 'Lex artis ad hoc'"*, debe tener en cuenta *"las especiales características de su autor, de la profesión, de la complejidad y trascendencia vital del paciente y, en su caso, de la influencia en otros factores endógenos – estado e intervención del enfermo, de sus familiares, o de la misma organización sanitaria-, para calificar dicho acto de conforme o no con la técnica normal requerida (derivando de ello tanto el acervo de exigencias o requisitos de legitimación o actuación lícita, de la correspondiente eficacia de los servicios prestados y, en particular, de la posible responsabilidad de su autor/médico por el resultado de su intervención o acto médico ejecutado); siendo sus notas: 1) Como tal 'lex' implica una regla de medición de una conducta, a tenor de unos baremos, que valoran la citada conducta; 2) Objetivo: valorar la corrección o no del resultado de dicha conducta, o su conformidad con la técnica normal requerida, o sea, que esa actuación médica sea adecuada o se corresponda con la generalidad de conductas profesionales ante casos análogos; 3) Técnica: los principios o normas de la profesión médica en cuanto ciencia se proyectan al exterior a través de una técnica y según el arte personal de su autor o profesionalidad: el autor o afectado por la 'lex' es un profesional de la Medicina; 4) El objeto sobre que recae: especie de acto (clase de intervención, medios asistenciales, estado del enfermo, gravedad o no, dificultad de ejecución); 5) Concreción de cada acto médico o presupuesto 'ad hoc': tal vez sea éste el aporte que individualiza a dicha 'lex artis'; así como en toda profesión rige una 'lex artis' que condiciona la corrección de su ejercicio, en la médica esa 'lex', aunque tenga un sentido general, responde a las peculiaridades de cada acto, en donde influirán en un sentido u otro los factores antes vistos".* (Trib. Supremo de España, Sent. de 11 de marzo de 1991). Con relación a la responsabilidad contractual, que es la que por lo general se le puede demandar al médico en consideración al vínculo jurídico que se establece entre éste y el paciente, la Corte desde la sentencia de 5 de marzo de 1940, partiendo de la distinción entre obligaciones de medio y de resultado, estimó que por lo regular la obligación que adquiere el médico *"es de medio"*, aunque admitió que *"Puede haber casos en que el médico asume una obligación de resultado, como la intervención quirúrgica en una operación de fines estéticos"*. Todo para concluir, después de advertir que no se pueden sentar reglas absolutas porque la cuestión de hecho y de derecho varía, que en materia de responsabilidad médica contractual, sigue teniendo vigencia el principio de la carga de la demostración de *"la culpa del médico..."*, agregando como condición *"la gravedad"*, que a decir verdad es una graduación que hoy en día no puede aceptarse, porque aún teniendo en cuenta los aspectos tecnológicos y científicos del acto profesional médico, la conducta sigue siendo enmarcable dentro de los límites de la culpa común, pero, sin duda alguna, sin perder de vista la profesionalidad, porque como bien lo dice la doctrina, *"el médico responderá cuando cometa un error científico objetivamente injustificable para un profesional de su categoría o clase"*. Posteriormente, concretamente en sentencia de 12 de septiembre de 1985, ya referenciada, la Corporación luego de ubicar el tema en la responsabilidad contractual y anotar que el contenido de las obligaciones que en virtud del contrato asumen los médicos y los establecimientos hospitalarios, *"variará según la naturaleza de la afección que padezca el enfermo y la especialización misma de los servicios que preste la entidad"*, sostuvo que *"Con relación a las obligaciones que el médico asume frente a su cliente, hoy no se discute que el contrato de servicios profesionales implica para el galeno el compromiso sino exactamente de curar al enfermo, si al menos de suministrarle los cuidados concienzudos, solícitos y conformes con los datos adquiridos por la ciencia, según expresiones con que la jurisprudencia francesa describe su comportamiento. Por tanto, el médico sólo se obliga a poner en actividad todos los medios que tenga a su alcance para curar al enfermo; de suerte que en caso de reclamación, éste deberá probar la culpa del médico, sin que sea suficiente demostrar ausencia de curación"*.¹ Contrario a lo que quiere hacer ver el apelante, los galenos colocaron a favor de la paciente todos los medios al alcance para salvar la vida, tanto de la madre como de su hijo, de no ser así, los resultados hubieran sido aún más catastróficos. No hubo impericia, negligencia o indolencia profesional que hubiera sido la causa del daño. No se debe perder de vista, como se dejó esgrimido en la jurisprudencia reseñada, que el médico tan sólo se obliga a poner en actividad todos los medios que tenga a su alcance para curar al enfermo; de suerte que en caso de reclamación, se deberá encontrar la culpa del médico, sin que sea suficiente demostrar ausencia de curación, circunstancias que se presentan en el presente caso, pues se probó que existió daño, pero no se demostró que este fuera causado por el largo tiempo que duró sin tratamiento la paciente, ya que el tiempo transcurrido desde que ingresó a urgencias, hasta cuando fue intervenida, se invirtió en tomar los exámenes necesarios y aplicar los medicamentos para estabilizar, pues no es posible

¹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala Casación Civil, Sentencia del 30 de enero de 2001. M.P. DR. JOSE FERNANDO RAMIREZ GOMEZ. Exp. 5507

que una vez ingrese la paciente, de forma inmediata deba ser intervenida, sin antes hacerle los análisis necesarios. Ahora bien, no es de recibo lo alegado por el apelante, en el sentido de que el a quo, solo tuvo en cuenta para proferir el fallo, el peritaje conceptual de medicina legal, pues en su parte considerativa se puede observar que relacionó todas y cada una de las pruebas allegadas y le dio cumplimiento a lo previsto en el art. 187 del C. de P.C., exponiendo razonablemente el mérito que le asignó a cada uno de ellos y los valoró en conjunto.

...(...)

MAGISTRADO: Dr. Horacio Tolosa Aunta
PROVIDENCIA: Apelación Sentencia/ 07 de Abril de 2014
CLASE DE PROCESO: ANULACION ARBITRAMENTO
CONVOCANTE: ALFONSO VARGAS
CONVOCADO: TRANSPORTES REINA S.A.
RADICACIÓN: 2013-0179 (2011-

DESCRIPTORES – Restrictores:

LAUDO ARBITRAL/ - RECURSO DE ANULACION – No puede utilizarse como si se tratara de una segunda instancia. /

LAUDO ARBITRAL/NULIDAD/ - CAUSALES -/

LAUDO ARBITRAL/ - FALLO EN DERECHO- / - FALLO EN EQUIDAD/

TESIS: ...” el artículo 37 de la norma citada, prevé el recurso anotado como aquél que procede contra el laudo arbitral, debiendo interponerse por escrito, ante el presidente del tribunal de Arbitramento, dentro de los cinco días siguientes a la notificación del laudo o de la providencia que lo corrija, aclare o complemente, surtiéndose su trámite y decisión, ante el Tribunal Superior del Distrito Superior, que corresponda a la sede del tribunal arbitral. Ha indicado la jurisprudencia, que el “...recurso de anulación fue concebido para proteger el derecho constitucional de defensa, por errores en el trámite arbitral que constituyan vicios procesales, por violación del principio de la congruencia, por errores aritméticos o por decisiones contradictorias. A diferencia de la apelación, el recurso de anulación no da lugar a revisar el aspecto sustancial del laudo, ni permite reabrir el debate probatorio...”². (Subrayas extexto). En el mismo sentido, la referida decisión, es reiterativa, en cuanto a que el recurso de anulación, “... no puede utilizarse como si se tratara de una segunda instancia, razón por la cual no es admisible replantear el debate sobre el fondo del proceso, ni podrán revocarse determinaciones del Tribunal de Arbitramento, fundadas en la aplicación de la ley sustancial o, por la existencia de errores de hecho o de derecho al valorar las pruebas en el caso concreto...”³. “...el fallo en derecho debe observar el ordenamiento jurídico, de allí que el marco de referencia no podrá estar sino en él. Por esa razón, el juez se encuentra sometido no sólo a las reglas adjetivas que regulan el proceso arbitral, sino a las normas sustantivas que rigen los derechos pretendidos, no pudiendo conocer sino lo permitido en la ley. En cambio, cuando el juez decide en conciencia, se mueve en un marco diferente, más amplio, porque, como lo dice la jurisprudencia, cuando actúa así tiene la facultad de decidir conforme a la equidad o según su leal saber y entender. En este orden de ideas, sólo cuando el fallo deje de lado, de manera evidente, el marco jurídico que tiene de referencia, podrá asimilarse a un fallo en conciencia. Pero si el juez adquiere la certeza con apoyo en el ordenamiento jurídico, en el acervo probatorio y en las reglas de la sana crítica, esa decisión será en derecho. ...En este orden de ideas, para que un laudo se considere proferido en conciencia la valoración de la causa petendi y su resolución debe ser producto de la libre apreciación del juez, quien se aleja de las pautas que le impone el ordenamiento jurídico vigente, es decir, que su decisión se basa en el entendimiento personal del debate, ponderando las circunstancias de hecho y de derecho que lo configuran según su comprensión íntima de la justicia, de lo correcto, de lo bueno y de lo justo, dejando al margen las reglas jurídicas imperativas y no imperativas que contienen reglas de valoración, todas externas, de una buena parte de los factores que inciden en la toma de la decisión judicial. En este orden de ideas, lo que se reprocha de un fallo en conciencia o equidad es el menosprecio que el juez hace

² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección B. Radicación número: 11001-03-26-000-2009-00118-00(37787).Consejera ponente: STELLA CONTO DIAZ DEL CASTILLO. Bogotá D.C., doce (12) de mayo de dos mil once (2011). “...*El recurso de anulación de laudos ataca la decisión arbitral por errores inprocedendo en que haya podido incurrir el Tribunal de Arbitramento, y excluye de su órbita los errores in judicando, lo cual implica que no puede impugnarse el laudo en cuanto a cuestiones de mérito. Por ello carecen de técnica los cargos formulados contra un laudo, que tiendan a establecer si el Tribunal arbitral obró o no conforme al derecho sustancial al resolver sobre las pretensiones propuestas...*”.

³ Ibidem.

de las reglas jurídicas que delimitan la valoración de ciertos temas, aspectos y condiciones para proceder en el ordenamiento jurídico, social, comercial, etc., que se encuentran predeterminadas y valoradas por órganos usualmente dotados de legitimidad para expedir esas disposiciones –por ejemplo, el Congreso y el Gobierno- y que el juez debe aplicar. En este sentido, la libertad de formas y de contenido jurídico no está a disposición de los árbitros, quienes deben acatar las reglas predispuestas por el ordenamiento, así que su inobservancia hace incurrir al laudo en una decisión dictada en conciencia, puesto que la manera como resuelve el conflicto se apoya en una idea de justicia personal o individual del árbitro, y esta forma de razonar la justicia hace abstracción de las reglas jurídicas positivas vigentes –salvo voluntad del mismo juez en sentido contrario-, pero en realidad estas disposiciones son las que le interesan al sistema jurídico que se observen cuando se dicta un laudo donde es parte una entidad estatal. Claro está que la equidad no ha sido proscrita absolutamente de los juicios jurídicos, incluidos los arbitrales donde es parte el Estado, porque la misma Constitución Política, en el inciso segundo del art. 230, establece que: “La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial.” Esto significa que los jueces, incluidos los árbitros, pueden valorar en equidad, como criterio auxiliar de su actividad, algunos problemas jurídicos del proceso, y por eso su ponderación conforme a los dictados de la justicia abstracta es jurídicamente posible y tutelada por la Constitución. Tal es el caso de la fijación de una condena por perjuicios morales, donde la equidad participa de manera importante en la concreción del monto justo que se debe asignar a quien sufrió un daño emocional. Pero lo que no puede ampararse en la equidad es la determinación misma de la responsabilidad, cuya definición se encuentra atada a reglas jurídicas precisas, así como a la prueba de los hechos. Sin embargo, cuando la equidad se usa como criterio auxiliar, no significa que el juicio y la decisión que contiene el laudo se haya dictado en conciencia, sino que, siendo en derecho se admite que la equidad actúe como criterio auxiliar, pero no principal ni único, para ponderar ciertas decisiones del proceso. Esta circunstancia, sin embargo, sólo puede apreciarse en cada caso, para examinar judicialmente la participación adecuada, correcta y perfecta que la equidad haya tenido en la decisión. Desenmascarar el fallo en conciencia, que se pretenda encubrir en la aplicación irracional del art. 230 de la CP., exige un control muy estricto y cualificado que el juez del recurso de anulación debe ejercer con rigor...”⁴

(...) Como lo explica la sentencia ya indicada en la causal anterior, ésta tiene cabida en las circunstancias en que el Tribunal profiere su decisión respecto a asuntos ajenos a su conocimiento, o desbordando su competencia, al tiempo que siendo incongruente con lo solicitado: “...la causal 8 del art. 163 del Decreto 1.818 de 1.998 se materializa en tres supuestos: i) cuando el Tribunal se pronuncia sobre aspectos que, según la Constitución y la ley, son ajenos a su conocimiento; ii) cuando las decisiones adoptadas en el laudo desborden la competencia delimitada por las partes, en el compromiso o cláusula arbitral y iii) cuando la decisión arbitral no es congruente con lo solicitado en la demanda o en la contestación, actuaciones que delimitan la relación jurídico-procesal, pues, de no ser así, el fallo sería extra o ultra petita. ...La causal legal de nulidad en estudio contempla dos tipos de supuestos: *) Por haber recaído el laudo sobre puntos no sujetos a decisión y *) Por haberse concedido más de lo pedido, como pasa a explicarse: Por haber recaído el laudo sobre puntos no sujetos a decisión, puede presentarse: • O cuando las materias del pacto de compromiso contienen controversias que no son transigibles por orden constitucional y legal; es decir cuando el laudo, en su materia de decisión, define contenciones por fuera de la competencia potencial máxima que pueden conocer los árbitros y • O cuando la materia transigible sobre la cual se pronunciaron los árbitros no fue objeto del pacto de compromiso por las partes, es decir éstas no se la atribuyeron a los árbitros (fallo incongruente por decisión extrapetita). Por haberse concedido más de lo pedido, este hecho de incongruencia del laudo se presenta cuando decidió sobre cuestiones que aunque son transigibles van más allá de las peticiones de la demanda (fallo ultra petita).” ...En otros términos, para que el laudo no sea susceptible de anulación por la causal en mención, debe estar en estrecha identidad con las pretensiones, los hechos y las excepciones sometidas a consideración en el proceso arbitral y dentro de los límites previstos en el pacto arbitral (cláusula compromisoria o compromiso) celebrado por las partes y en la ley, fuentes éstas que otorgan y enmarcan la competencia de los árbitros. El aparte correspondiente a la causal de anulación “por haber recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros”, se relaciona, entonces, con la extralimitación o exceso en la órbita de competencia que la Constitución y la Ley, el pacto o convención arbitral y la relación jurídico procesal que emana del propio conflicto particular que presentan las partes con la convocatoria del Tribunal, les otorga a aquellos como materia de conocimiento y decisión, por lo que se considera que contempla las siguientes hipótesis de configuración: De esta forma, la causal analizada establece dos supuestos: primero, un pronunciamiento de los árbitros sobre aspectos que no son de su competencia, situación que, a su vez, se estructura en dos supuestos: a) cuando el laudo se pronuncia sobre cuestiones intransigibles, según la Constitución y la ley, y b) cuando los árbitros desbordan la competencia otorgada por las partes -en el compromiso o cláusula arbitral-, así se trate de asuntos transigibles. Según el segundo supuesto, los árbitros no pueden conceder más de lo pedido. Para definirlo se realiza un examen de la demanda y de la

⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. Expediente N° 11001-03-26-000-2011-00019-01 (40718). Consejero Ponente. Enrique Gil Botero. Bogotá, DC., julio cinco (5) de dos mil doce (2012).

contestación a la misma, ya que son las pretensiones y los términos de la oposición los que definen el objeto del litigio y, por tanto, a ello se debe sujetar el Tribunal de Arbitramento, pues de extralimitarse proferirían una decisión extra o ultra petita, por tanto ajena a la voluntad de las partes, quienes, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, excluyen sus controversias del conocimiento de la justicia ordinaria, para ponerlas a consideración de particulares, investidos transitoriamente de la potestad de administrar justicia...”⁵ (...) La prosperidad de ésta, da lugar a la corrección o adición de la decisión, así: “...de conformidad con el inciso segundo del art. 165 del decreto 1.818 de 1998, la prosperidad de la causal anterior no conduce a la anulación del laudo, sino a que se corrija o adicione la decisión, es necesario estudiar la última causal de anulación alegada, porque de prosperar habría que actuar en el mismo sentido, pero sobre la parte de la decisión que corresponda. ...esta causal tiene su razón de ser en el artículo 304 del CPC., según el cual, las sentencias deben “... contener decisión expresa y clara sobre cada una de las pretensiones de la demanda, las excepciones, cuando proceda resolver sobre ellas, las costas y perjuicios a cargo de las partes y sus apoderados, y demás asuntos que corresponda decidir, con arreglo a lo dispuesto en este código.” La Sala, en sentencia de 23 de agosto de 2001 -Exp. 19.090-, dijo sobre esta causal que: Advierte que, como lo manifestó el Procurador Delegado, para que se configure la causal en estudio es supuesto necesario de procedibilidad que el laudo hubiese omitido, sin ninguna consideración, pronunciarse sobre asuntos sometidos a su conocimiento en la demanda, en su contestación o los que hubiese surgido dentro del juicio arbitral, de aquellos sobre los que obligatoriamente la ley exige manifestación. La causal no está referida, en términos del legislador, a que el fallo arbitral esté: o escasamente motivado, o no tenga armonía con el ordenamiento jurídico o con las pruebas incorporadas al proceso; esto por cuanto como se apuntó al inicio de esta providencia el recurso de anulación contra laudos arbitrales no se constituye en una nueva instancia, ...la causal de anulación, en comento, no está referida a la revisión de la decisión por parte del Juzgador, sino que está prevista por el legislador, expresamente, para cuando el laudo no decidió “sobre cuestiones sujetas al arbitramento”.⁶ (...) Además, resulta acertado indicar, que el propósito del recurrente es que se haga una nueva revisión a los medios de prueba recopilados y en general un nuevo estudio al fondo del litigio, lo que se advierte, no hace parte de la finalidad del recurso de anulación, como atrás quedara explicado, ya que el mismo está indicado meramente para hacer un análisis de errores de procedimiento. Así, es de indicarle al convocante, que en esta instancia no es permitido revivir el debate probatorio que ya se surtió en el trámite arbitral, ni mucho menos, entrar a cuestionar los razonamientos jurídicos o la valorización de las probanzas que en su momento hicieron los árbitros en el CENTRO DE CONCILIACIÓN Y ARBITRAJE –CONCILIEMOS PARA LA PAZ-, todo ello, en aras de soportar su decisión. Mucho menos, por hacer un análisis profundo, detallado y/o discriminado de cada una de las cláusulas del contrato de agencia comercial firmado por las partes, junto con los demás aspectos que rodean la situación, se puede endilgar al tribunal de arbitramento, una conducta de prevaricato, pues la misma, castiga al servidor público, que profiere concepto, dictamen o resolución, manifiestamente contrario a la ley, o que incumple dolosamente los deberes y obligaciones como tal, en ejercicio de sus funciones, eventualidades éstas, no se articulan con lo estudiado por el Tribunal de Arbitramento, quien recaba en cada una de las pretensiones, y por separado, justificando la medida, conforme al ordenamiento jurídico vigente y no de forma caprichosa o según su leal entender y concepción de verdad y justicia. Aunado a ello, cada una de las disposiciones legales traídas al estudio, no se hace a su antojo, sino que fueron explicadas, y contrastadas con la situación fáctica respectiva, cumpliendo con la carga de la argumentación, a partir de lo fáctico, y su respuesta legal. En lo que refiere al Capítulo VII, sobre excepciones, de conformidad con el ya citado artículo 1324 del Código de Comercio, se declara probada la señalada como justa causa de terminación, por el vencimiento del contrato, la de cobro de lo no debido, así como la de prescripción de las acciones del contrato de agencia, y pago total; todo ello, articulado con las consideraciones hechas al respecto, y teniendo presente el clausulado fijado en el contrato de agenciamiento comercial, firmado entre las aquí partes y renovado hasta el año 2007. En tanto, como ya se dijera, “...para que se configure un fallo en conciencia, es necesario que dicha circunstancia sea evidente, ostensible y clara, por cuanto no resulta admisible que con esta causal se abra un debate propio de la segunda instancia. Igualmente, ha sostenido la Sala que el fallo en conciencia no es sólo aquel que no se ha constituido sobre normas jurídicas, sino que puede presentarse cuando se falla sin pruebas de los hechos que originan las pretensiones o las excepciones, esto es, con pretermisión de la totalidad de las pruebas que obran en el proceso...”⁷. Circunstancias éstas, totalmente distintas en el fallo estudiado, donde los árbitros, en su actitud, no incurrían en parcialidad, para de esa forma, argumentar todo, teniendo como referencia su propio fuero interno, sino que su raciocinio, está enmarcado dentro de las reglas de la sana crítica, y su orden para estudiar cada pretensión, dan fe de su intención, de proferir un fallo en derecho, y no en conciencia como se pretende hacer ver, incluso, tergiversando las palabras allí plasmadas, como al indicar, entre otros aspectos que el Tribunal, referenció el envío de la nota de terminación del

⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. Expediente N° 11001-03-26-000-2011-00019-01 (40718). Ibid.

⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. Expediente N° 11001-03-26-000-2011-00019-01 (40718). Ibid.

⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Radicación número: 11001-03-26-000-2008-00091-00(35896). Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO. Bogotá D.C., ocho (8) de julio de dos mil nueve (2009).

contrato, con fecha 2 de septiembre de 2007, cuando en efecto y al leer en su conjunto el mismo, se deriva la expresión de comunicación de 2 de septiembre con envío de 3 de septiembre. Entonces, y de acuerdo a lo ya explicitado, es pertinente colegir, que en la providencia de fecha 15 de febrero de 2013, por parte del Tribunal de Arbitramento ya citado, no se presentó un fallo en conciencia, sino que está claramente apoyado en el ordenamiento jurídico, tanto adjetivo como sustantivo, por lo que no procede anulación del mismo, conforme a la citada causal. (...) Entre tanto, en el laudo arbitral, se observa el estudio realizado a asuntos aquí cuestionados, como la prescripción, para indicar conforme a la doctrina del maestro Fernando Hinestrosa y el profesor Arrubla Paucar, entre otros, que las obligaciones sujetas a un término o plazo, no existen sino hasta el momento en que se cumple el mismo, por lo que en el contrato de agencia comercial, existiendo diferentes tipos de obligaciones, como el pago de comisiones e indemnizaciones legales, unas determinadas por las partes, y las otras al término del contrato según la ley, los términos prescriptivos son diferentes, en relación a los cinco años que la ley comercial establece para tales obligaciones.(...) Así, y teniendo en cuenta que "...en las decisiones ultra petita se enmarca este tipo de situaciones. Esta causal guarda consonancia con el artículo 305 del CPC, que establece que "No podrá condenarse al demandado por cantidad superior o por objeto distinto del pretendido en la demanda...". Por tanto, el juez del recurso de anulación debe verificar si la parte resolutive de la decisión concedió más de lo pedido, para que pueda prosperar el recurso..."⁸. Desde esa perspectiva, y observando los DECIMONOVENO numerales de la parte resolutive del fallo, se establece ampliamente, que en ellos, no se encuentra ninguna que verse sobre hechos o pretensiones que no fueron tocados en el escrito genitor, mucho menos, se puede entrar a cuestionar aspectos de mera terminología, como se hace respecto de la utilización del término "empresa unipersonal" y "sociedad", pues, es claro de conformidad a la normatividad comercial, que el primer término, hace parte de los tipos societarios existentes en Colombia, y no por ello, implica que con tal aseveración, se esté en el campo de decisiones ultra o extra petita. Aunado a ello, el estudio se centró sobre el clausulado del contrato de agencia comercial y sobre los hechos, pretensiones y excepciones propuestas, lo cual no es indicativo de haber recaído en las conductas aquí cuestionadas, todo lo cual, se muestra en la utilización de capítulos respecto de cada asunto puesto a consideración del Tribunal, y con la utilización de partes textuales de los testimonios, e interrogatorios de parte practicados y tenidos en cuenta como medios de prueba, para hacer el respectivo estudio que conllevó a la negativa de las pretensiones. Razón por la cual, la causal invocada, está llamada al fracaso. (...) Contrastando lo anterior, con lo considerado en el laudo arbitral, se establece respecto al razonamiento hecho a la cláusula quinta del contrato de agencia comercial, la utilización de doctrina, como la del profesor Felipe Vallejo, quien hace la distinción entre prórroga y renovación de contrato, para llegar a la conclusión de configuración de renovación por tácita reconducción dentro de las circunstancias estudiadas. En cuanto a la cláusula sexta, y en lo referente a la remuneración pactada en el contrato y forma de pago, encuentra el Tribunal de Arbitramento de conformidad con las pruebas testimoniales practicadas, que no existe claridad, respecto a la forma en que eran vendidos los tiquetes dejados para cubrir gastos. Ahora bien, la causal indicada, como ya se dijera, "...se configura cuando el laudo no decide todos los puntos objeto de arbitramento, evento en el cual se predica que el fallo es mínima o citra petita respecto de las pretensiones, excepciones procesales y demás aspectos de la relación jurídico procesal (artículos 304, 305 y 306 del C. de P. Civil). Así, con la causal del numeral 9 de la disposición antes citada, se sanciona la violación del principio de congruencia cuando el laudo omite pronunciarse sobre el contenido de la demanda -pretensiones y causa petendi- de la convocatoria del Tribunal de Arbitramento o sobre la contestación de la misma -excepciones propuestas por el demandado-, o de la demanda de reconvenición y su respuesta, enmarcadas dentro del objeto del pacto arbitral, la ley y la Constitución Política, que fijan el ámbito de la competencia de los árbitros para pronunciarse válidamente. ..." ⁹. Eventualidades éstas, no observadas en el laudo arbitral en estudio, el cual consta de IX Capítulos, incluida la parte resolutive, donde en el numeral DUODÉCIMO, se visualiza la resolución sobre 16 pretensiones y a través de cada capítulo, se encuentra un estudio de lo alegado en el proceso, entre eso, las pretensiones como se expresa en el Capítulo XI (folios 218 y ss cuaderno N°1). Corolario a lo anterior, y máxime que "...la incongruencia de las providencias judiciales se debe buscar a través de una comparación de la relación jurídico procesal y lo resuelto por el fallador, análisis que de arrojar la carencia de pronunciamiento sobre una o varias de las cuestiones que debía el juez arbitral decidir, determina la configuración del supuesto consagrado en la causal que se estudia y aparece..."¹⁰, es evidente el no decaimiento del Tribunal de Arbitramento en esta eventualidad, pues como ya se dijera, cada una de las pretensiones, empezando por la referente al pago de la comisión del mes de enero de 2004, fueron ampliamente detalladas y estudiadas en conjunto. Así, ésta última causal, está también llamada a su no prosperidad, todo lo anterior, en virtud a lo que ya se expuso y se recaba, en el sentido de que "...en virtud de la filosofía del recurso de anulación de laudos, edificado por errores in procedendo y no in iudicando, el análisis de este vicio de construcción formal de la providencia debe realizarse

⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Radicación número: 11001-03-26-000-2006-000-00020(32841). Consejero ponente: ALIER EDUARDO HERNANDEZ ENRIQUEZ. Bogotá, D. C., veintiuno (21) de marzo dos mil siete (2007).

⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Radicación número: 11001-03-26-000-2008-00091-00(35896).Op cit.

¹⁰ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Radicación número: 11001-03-26-000-2008-00091-00(35896).Ibid.

de manera objetiva, es decir, verificar que formal y objetivamente el fallo se ajuste a las peticiones de las partes, independientemente de si éste es acertado o erróneo, para concluir si efectivamente se presentó o no una omisión de decidir algún extremo de la litis, pero no resulta dable, por la naturaleza de la causal que se estudia, examinar las consideraciones y los motivos determinantes que ha tenido el juzgador en su decisión... esta causal no autoriza realizar un examen o calificación de las consideraciones que han servido al juzgador como motivos determinantes de su fallo...”¹¹, motivo por el cual, no se procede en tal forma, sino simplemente como atrás quedara indicado.

...(...)

SALA PENAL

MAGISTRADO: EDGAR KURMEN GÓMEZ
PROVIDENCIA: Apelación Sentencia / 11 de Junio de 2014
RADICACION: 2013-0648-01
PROCESO: EXTORSIÓN EN ELGRADO DE TENTATIVA
PROCESADO: JUAN CARLOS VELASCO OLAYA

DESCRIPTOR- Restrictores:

EXTORSIÓN/ FALTA DE COMPETENCIA/ - VIOLACIÓN AL DEBIDO PROCESO - DERECHO DE DEFENSA/

EXTORSIÓN/ COMPETENCIA/ REGLAS DE LA COMPETENCIA/- Competencia A Prevención-

EXTORSIÓN/ DOSIFICACION PUNITIVA/ -Principios de Limitación- Reglas y Criterios

TESIS: ...” Fácil se advierte que las reglas de la competencia a prevención son las llamadas a rituar el presente caso¹². Este tipo de competencia, según la Corte Suprema de Justicia¹³, “... *parte por reconocer que tanto uno como otro funcionario radicados en territorio diferente, pueden conocer del caso de acuerdo con los criterios que para tal efecto señala el artículo 83 de la Ley 600 de 2000, del siguiente tenor:*

“A prevención. Cuando la conducta punible se haya realizado en varios sitios, en lugar incierto o en el extranjero, conocerá el funcionario judicial competente por la naturaleza del asunto, del territorio en el cual se haya formulado primero la denuncia o donde primero se hubiera avocado la investigación. Si se hubiere iniciado simultáneamente en varios sitios, será competente el funcionario judicial del lugar en el cual fuere aprehendido el imputado y si fueren varios los capturados, el del lugar en que se llevó a cabo la primera aprehensión.”

La Sala claramente advierte que la denuncia se colocó en el municipio de Moniquirá y que en desarrollo de los actos de investigación se realizó el operativo que culminó con la entrega del dinero también en ese municipio y que condujo inmediatamente a la captura en Barbosa Santander, del hoy procesado de quien se estableció era el verdadero autor del ilícito investigado. En consecuencia, al cumplirse el supuesto inicial de hecho orientado a que la conducta se haya realizado en varios sitios, debe conocer el funcionario judicial competente por la naturaleza del asunto del territorio en el cual se formuló primero la denuncia y desde luego porque en ese lugar fue donde primero se avocó la investigación. Así las cosas, las actuaciones procesales se desarrollaron con plena competencia por parte de las autoridades policiales del GAULA adscrita a la fiscalía de Moniquirá y también por el señor fiscal de esa localidad, razón por lo que procede el

¹¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Radicación número: 11001-03-26-000-2008-00091-00(35896).Ibid.

¹² CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Radicado 35577 de 2 de marzo de 2011. Magistrado Ponente: JAVIER ZAPATA ORTIZ. “2) Si los hechos suceden en diferentes lugares y se sabe cuáles son, para fijar la competencia debe tenerse en cuenta lo siguiente: Si se trata de una sola conducta punible o los actos ejecutivos de la misma tienen ocurrencia en distintos sitios, para la definición del juez competente rigen las reglas de la competencia a prevención.”

¹³ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Radicado 31723 de 6 de mayo de 2009. Magistrado Ponente: SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

despacho a verificar los presupuestos procesales de validez para dictar la correspondiente sentencia anticipada.

...(...)

El examen que hace el juzgador de primera instancia y desde luego el de segunda, en tratándose de sentencia anticipada se contraen a:(i) determinar que el allanamiento o el acuerdo entre el procesado y la fiscalía estén exentos de vicios del consentimiento, para lo cual debe examinarse que haya sido libre, voluntario, espontáneo y debidamente informado. Después de formulada la acusación, sin mediar descubrimiento probatorio, se interrogó al acusado respecto a la aceptación o no de los cargos, si había entendido la acusación, si tenía claridad sobre el delito imputado por la Fiscalía y si fue asesorado por su defensor sobre las consecuencias jurídicas que conlleva aceptar su responsabilidad por el ilícito de extorsión en el grado de tentativa, respondiendo afirmativamente. Posteriormente el señor Juez preguntó al acusado si se encontraba en sus cinco sentidos y si tenía claridad mental sobre lo explicado, respondiendo afirmativamente. Finalmente, el señor Juan Carlos Velasco Olaya, libre, consciente y voluntariamente aceptó los cargos que le formularon, siendo advertido por el señor Juez sobre la no concesión de rebaja alguna por la aceptación de cargos en este tipo de delitos, por prohibición expresa de la Ley 1121 de 2006. (ii) Que exista un examen de los elementos materiales probatorios y evidencias físicas recaudados que permitan destruir la presunción de inocencia y por ende edificar más allá de toda duda el conocimiento acerca de la existencia del delito y de la responsabilidad penal del acusado.

...(...)

Sea lo primero advertir que toda sentencia debe contener la fundamentación explícita sobre los motivos de determinación cualitativa y cuantitativa de la pena, según lo exige el art. 59 del Código Penal y lo demanda la estructura del estado social de derecho y el principio democrático en que se funda. El juzgador debe encontrar en primer término los límites mínimos y máximos en los que se ha de mover, que se encuentran de manera directa, revisando el tipo penal de que se trate o como resultado de la aplicación de circunstancias modificadoras que hayan hecho presencia en la realización de la conducta punible. Estas circunstancias modificadoras son atenuantes o agravantes, y se caracterizan porque hacen presencia o se estructuran en el momento de la comisión de la conducta punible, resultando inescindibles al comportamiento y por ende caracterizándolo. Por vía de ejemplo la Sala cita el fenómeno de la tentativa (art. 27), la complicidad (art. 30), el exceso en las causales de ausencia de responsabilidad (art. 32 numeral 7º inciso 2º), el estado de ira o de intenso dolor (art. 57), la situación de marginalidad, ignorancia o pobreza extremas (art. 56), etc. Una vez determinados los extremos punitivos, se busca el ámbito punitivo de movilidad, que se define como la cantidad de pena que existe entre el límite mínimo y el límite máximo. Ese ámbito punitivo de movilidad se divide en cuartos y el juzgador seleccionará el mínimo, los medios o el máximo, según las reglas establecidas en el art. 61 del Código Penal. El cuarto mínimo debe ser seleccionado cuando no existan atenuantes ni agravantes, o concurren únicamente circunstancias de atenuación punitiva; los medios cuando concurren circunstancias de atenuación y de agravación punitiva y; el máximo cuando únicamente concurren circunstancias de agravación. Es obvio que las circunstancias a las que aquí se refiere el legislador son diversas a las modificadoras, que ya se tuvieron en cuenta para la determinación de los extremos punitivos y que por lo tanto no pueden volver a ser consideradas por vulneración efectiva del *nom bis in ídem*. Eso significa que las circunstancias a considerar en este estadio de la dosificación son las no modificadoras, denominadas genéricas de mayor o menor punibilidad, contempladas en los arts. 58 y 55 del Código Penal. Dichas circunstancias pueden ser imputadas y deducidas cuando “no hayan sido previstas de otra manera”, pues si se imputaron como específicas se han debido tener en cuenta para la fijación de los límites mínimo y máximo, sin que tengan cabida nuevamente, so pena de la vulneración del principio del *nom bis in ídem* o de doble incriminación. Una vez seleccionado el cuarto correspondiente, el sentenciador debe determinar la pena ponderando los siguientes aspectos: la mayor o menor gravedad de la conducta, el daño real o potencial creado, la naturaleza de las causales que agraven o atenúen la punibilidad, la intensidad del dolo, la preterintención o la culpa concurrentes, la necesidad de la pena y la función que ella ha de cumplir en el caso concreto. También tendrá en cuenta para la determinación de la pena en la tentativa el mayor o menor grado de aproximación al momento consumativo y en la complicidad el mayor o menor grado de eficacia de la contribución o ayuda. Establecida la pena a imponer, respecto de ese quantum, se deben aplicar los institutos post delictuales, o como lo dice la H. Corte Suprema de Justicia, las circunstancias fácticas, personales o procesales que se estructuran con posterioridad a la comisión de la conducta punible, entre las que por vía de ejemplo se pueden citar las de los arts. 269 y 401 del Código Penal. Cuando se trate de concurso de conductas punibles, los delitos han de ser dosificados de manera individual, para saber cuál de ellos tiene cuantitativa y cualitativamente la pena más grave. El delito que la tenga será el que sirva como base para la dosificación de los otros comportamientos punibles en concurso, siguiendo las reglas y límites contenidos en el art. 31 del Código Penal, ya que la pena no puede superar hasta el otro tanto, ni ser superior a la suma aritmética de las que correspondan a las respectivas conductas punibles debidamente dosificadas cada una de ellas ni tampoco superior al máximo legal.

Estas son en síntesis las reglas que se deben tener en cuenta para el proceso de dosificación punitiva por vía general

...(...)

MAGISTRADO: Dr EDGAR KURMEN GÓMEZ
PROVIDENCIA: Apelación Providencia /21 de Mayo de 2014
RADICACION: 2013-0814
PROCESO: FRAUDE PROCESAL
PROCESADA: LUCÍA PINEDA SANCHEZ

DESCRIPTOR- Restrictores

FRAUDE PROCESAL/ PRECLUSIÓN/- Inexistencia del Hecho Investigado

FRAUDE PROCESAL/ Preclusión-EI Juez la debe decretar si la causal alegada por el ente acusador aparece demostrada-

TESIS: ...” Es facultad exclusiva del Fiscal solicitar la preclusión en las etapas de indagación o investigación, por cualquiera de las causales establecidas en el art. 332 del C. de P.P., por ser titular de la acción penal y tener poder dispositivo reglado respecto de la misma y en referencia a los motivos que actualicen cualquiera de esas causales. Excepcionalmente, conforme al numeral 7º del art. 332 y al inciso 2º del art. 294 del C. de P.P., la defensa y/o el Ministerio Público pueden solicitar la preclusión de la investigación por vencimiento del término contenido en el art. 175 ibídem, cuando el Fiscal no ha solicitado la preclusión o formulado la acusación ante el Juez de Conocimiento. En la etapa del juzgamiento, de sobrevenir las causales señaladas en los numerales 1 y 3 del art. 332, el Fiscal, el ministerio público y la defensa, pueden solicitarla al Juez de Conocimiento. La Sala quiere precisar que la etapa del juzgamiento o del juicio se inicia con la presentación del escrito de acusación, no obstante que esta se entienda surtida e integrada con la audiencia de acusación, en acto complejo. La regla general es que el Juez de Conocimiento al decidir respecto de la causal invocada por quien para ello tiene legitimidad, dependiendo la etapa procesal en que se solicite *“restringe su competencia a la misma, es decir no puede extenderse para hacer pronunciamiento en relación con las no alegadas”*¹⁴. La razón se debe a que el Juez *“ejerce su función a petición de parte y mediante formas previstas con anticipación, aspectos que integran la noción del debido proceso penal”*¹⁵. Excepcionalmente *“cuando los elementos probatorios que sustentan la solicitud de preclusión permiten establecer que la misma es procedente aun cuando sea por motivo diferente al planteado, por razones de economía procesal el Juez debe decretarla”*¹⁶. *“Resulta obvio aceptar que si la Fiscalía solicita la celebración de una audiencia para demandar la preclusión de un proceso, los jueces deberán decretarla si la causal alegada por el ente acusador aparece demostrada y aun cuando de lo establecido se infiera que la terminación del proceso debe ser dispuesta por otra”*¹⁷. La Corte Suprema de Justicia ejemplifica este aspecto así: si se solicita preclusión con base en el numeral 2º del art. 332 del C. de P.P. porque los elementos materiales probatorios y evidencia física demuestran, en su criterio, la configuración de la legítima defensa pero el Juez estima que se da un estado de necesidad, por razones de economía procesal se debe precluir la investigación... *“pues lo que cambia es la hipótesis jurídica que fundamenta la causal de preclusión de la investigación, sin variar ésta”*¹⁸. Cuando se solicita con base en el art. 332-4 del C. de P.P. la preclusión por atipicidad del hecho investigado y se demuestra que hubo ausencia de dolo (atipicidad subjetiva), pero por error vencible, la Corte indicó en aquella oportunidad que *“debe preferirse la aplicación del numeral 2º de dicha disposición por acomodarse la situación expuesta al motivo excluyente de responsabilidad señalado en el numeral 10 del artículo 32 del Código Penal por ser específico para ese supuesto, ordenando la preclusión de la investigación, sin que ello afecte la naturaleza y estructura del proceso acusatorio”*¹⁹, interpretación aclarada por la Corte Suprema de Justicia en providencia 35826 de 18 de mayo de 2011, en cuanto que el Juez sólo puede pronunciarse sobre la causal alegada, aunque le es permitido dentro de la misma estudiar motivos diferentes. *“Pero si se colige que la causal debe negarse, no debe entrar a valorar las causales que no fueron invocadas”*²⁰... *“...si la decisión consiste en negar la existencia de la causal de preclusión propuesta no pueden los jueces entrar a hacer juicios de valor sobre otras causales que no le han sido puestas de presente...”*²¹. Respecto de la decisión, si se decreta la preclusión es obvio que están

¹⁴ Proceso 31780. M.P. Julio Enrique Socha Salamanca. 15 de julio de 2.009.

¹⁵ Ibídem 1.

¹⁶ Ibídem 1.

¹⁷ Proceso No 28908. Magistrado Ponente: Yesid Ramírez Bastidas. 8 de febrero de 2.008.

¹⁸ Ibídem 1.

¹⁹ Ibídem 1.

²⁰ Ibídem 1.

²¹ Ibídem 4.

legitimados para impugnarla quienes con interés pretenden que la indagación, investigación o juicio continúe. Si se niega la preclusión es obvio que tendrá interés para recurrirla quien legitimado para ello la solicitó, dependiendo de la etapa procesal. Así, el fiscal en la indagación preliminar e investigación, por las primeras seis causales y el Ministerio Público y la defensa por vencimiento de términos, conforme a la causal 7.

En este evento está legitimado para impugnar la Fiscalía solicitante, como el defensor del imputado, quien coadyuvó tal solicitud. En la etapa del juicio tendrá interés para impugnar ante la negativa de las causales 1 y 3 del art. 332, el Fiscal, el agente del Ministerio Público o la defensa, aunque específicamente estos individualmente no hayan solicitado la preclusión. Dicho de otra manera, estimamos que en el juicio, así no la hayan solicitado, también tendrán interés para recurrir quienes legitimados para ello eventualmente la hubiesen podido solicitar. En el evento que sea el Fiscal el que, en la etapa de la indagación o en la de investigación, solicite la preclusión, y no interponga recurso contra la decisión que la niega, carece de legitimación para interponer el recurso el indiciado o acusado, su defensor y el ministerio público. Si es el Ministerio Público o la defensa quien lo solicitó en la etapa del juicio, es obvio que también tiene interés para impugnar quien legitimado para demandarla no lo hizo.

(...).”

Es necesario precisar que la fiscalía solicitó la preclusión con base en las causales 1, 3 y 6 del artículo 332 del C.P.P., referidas a la imposibilidad de iniciar o continuar con el ejercicio de la acción penal; inexistencia del hecho investigado e imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia, respectivamente, en tanto que el Juzgado de primera instancia precluyó la investigación con base en la causal 4 referida a la atipicidad subjetiva por ausencia del dolo en el comportamiento de la indiciada doctora Lucía Pineda Sánchez. Como se dejó expuesto en el acápite sobre aspectos relevantes de la solicitud de preclusión, está claro que la competencia del funcionario se restringe a la causal invocada, es decir que no puede extenderse o extralimitarse para efectuar pronunciamientos sobre causales no alegadas. La Corte Suprema de Justicia ha señalado que cuando la preclusión resulta procedente pero por motivo diferente al planteado, por razones de economía procesal el funcionario puede ordenar la preclusión. Sin embargo, precisa que esa hipótesis hace relación a la potestad que tiene el funcionario de precluir la indagación o investigación dentro de la misma causal, variando la hipótesis jurídica en que se funda, siempre que se encuentre probada. Eso significa que el juez sólo puede pronunciarse sobre la causal alegada, aunque dentro de la misma le es permitido estudiar motivos diferentes y si la encuentra demostrada, debe dar por terminado el proceso con efectos de cosa juzgada. Fácil se advierte que si la fiscalía propuso como causales de preclusión las contenidas en los numerales 1²², 3²³ y 6²⁴ del artículo 332 del C. de P.P., la señora juez de primera instancia aparentemente desbordó su competencia funcional al dar por demostrada una causal no alegada, concretamente la del numeral 4²⁵ del C. de P.P., aspecto que por sí solo conllevaría a la revocatoria de la providencia impugnada. Sin embargo, escuchando atentamente la solicitud de la Fiscalía para precluir la indagación, el ente fiscal se refirió en extenso a la atipicidad subjetiva, encontrando la Sala que ella fue alegada ampliamente pero de forma implícita. Dicho de otra manera, si bien el Fiscal en la solicitud de preclusión no mencionó explícitamente el numeral 4^o del art. 332 del C. de P.P. referido a “atipicidad del hecho investigado”, sí realizó amplia exposición sobre ese tópico, aspecto que permite referirnos a esa causal, como con acierto lo hizo la juez de primera instancia. Este aserto de la Sala se corrobora con el resumen que de la solicitud se hizo en el acápite pertinente de esta providencia, al que nos remitimos. Consecuentemente examinaremos la estructura típica del delito de fraude procesal haciendo énfasis en el aspecto subjetivo, para determinar si evidentemente ello imposibilita desvirtuar la presunción de inocencia de la que goza la indiciada doctora Lucía Pineda Sánchez.

El art. 453 del Código Penal a la letra señala:

“Fraude procesal. Modificado Ley 890 de 2004. El que por cualquier medio fraudulento induzca en error a un servidor público para obtener sentencia, resolución o acto administrativo contrario a la ley incurrirá en prisión de seis (6) a doce (12) años, multa de doscientos (200) a mil (1000) Salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por cinco (5) a ocho (8) años”.

Doctrina y jurisprudencia han manifestado que es conducta pluriofensiva, lo que significa que puede afectar varios bienes jurídicos, como la administración y recta impartición de justicia y el

²² Imposibilidad de iniciar o continuar el ejercicio de la acción penal.

²³ Inexistencia del hecho investigado.

²⁴ Imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia.

²⁵ Atipicidad del hecho investigado.

patrimonio económico, entre otros, y que para su agotamiento típico no se requiere lograr el objetivo del autor en una decisión revestida de injusticia por fundarse en pruebas o manifestaciones mendaces.

...(...)

...”el delito de fraude procesal surge cuando la actividad jurisdiccional se ve entorpecida por los artificios engañosos de los sujetos procesales que distraen al Juez o servidor público de la senda de justicia y verdad, principios que deben anteceder cualquier decisión. En este sentido las argucias del sujeto activo deben tener el talante suficiente para que en la gnosis del funcionario se obtenga un convencimiento objetivo de la verdad apodíctica que el medio probatorio falso le otorgue. Sin embargo, se recaba, es un delito de mera conducta, lo que significa que no se necesita la obtención de la decisión contraria a derecho, es decir, que se vea materializada la intención del agente en la resolución o sentencia beneficiosa para él, pues con el sólo acto de llevar ante la autoridad probanzas falsas o dichos falaces con aptitud y capacidad probatoria (esto es que tengan apariencia de verdad, legalidad y que sean eficaces en el supuesto que se quiere demostrar) para inducir en error al sujeto pasivo, se tipifica la conducta. Así las cosas, no exige el tipo que se obtenga un resultado, porque reiteramos, la conducta típica se agota con la sola *inducción*, verbo rector que determina la acción del sujeto agente. Situación contraria sería si por ejemplo el verbo describiera una posible *emisión* de sentencia, resolución o acto administrativo contrario a la ley, verbo que sí abarcaría la materialización de la intención dañina del autor, que está antecedida obviamente por la inducción. Eso significa que el comportamiento, por ser de mera conducta, se perfecciona solamente con la inducción en error al servidor público mediante la utilización de medio fraudulento, por lo que el sustento nuclear invocado en la solicitud de preclusión por el señor fiscal, deviene infundado e ilógico, lo decimos con respecto. Así lo afirmamos, porque si no se necesita la emisión de sentencia o acto administrativo, es obvio que para nada incide en la tipificación del delito ni mucho menos para predicar su inexistencia que se hubiese decretado una nulidad procesal para retrotraer la actuación como ocurrió en el presente caso. Incluso teóricamente, la circunstancia de haberse adelantado el proceso y haberlo tenido que anular indicaría que se emitieron actuaciones procesales como consecuencia de la presunta inducción en error a tal punto que resultó necesario anularlo, aspecto que reforzaría la existencia del comportamiento y no lo contrario como equivocadamente lo pregonó el señor fiscal. Refulge en consecuencia que es necesaria para la tipificación de la conducta la utilización de medio fraudulento por parte del sujeto activo de la infracción, tanto objetiva como subjetivamente.

...(...)

Recordemos que el legislador Colombiano, por técnica legislativa, describe las conductas penales de la parte especial del código para que sean infringidas siempre a título de dolo y preceptúa que sólo se responderá culposa o preterintencionalmente en los casos expresamente señalados por la ley. La conducta de fraude procesal sólo puede ser infringida a título de dolo, porque el legislador no estableció expresamente la posibilidad de realizarla con culpa o preterintención.

...(...)

MAGISTRADO: Dr. EDGAR KURMEN GÓMEZ
PROVIDENCIA: Apelación Providencia /09 de Julio de 2014
RADICACION: 2013-0835-01
PROCESO: CONCIERTO PARA DELINQUIR, ABORTO Y TENTATIVA DE ABORTO
PROCESADA: CLARA INES PINEDA ROJAS

DESCRIPTOR- Restrictores

PREACUERDO/MECANISMO DE JUSTICIA CONSENSUADA/

PRINCIPIO DE LEGALIDAD/ ROL DEL JUEZ DE CONOCIMIENTO/

TESIS: ...” 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 rigen 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 2° 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.

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 atenúen la punibilidad.

La Corte Constitucional²⁶ 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 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 ibidem, 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.

²⁶ Sentencia C-1260 del 5 diciembre 2005

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.

El artículo 340 de la ley 599 de 2000 modificado por la Ley 733 de 2002 que a su vez fue modificado por la Ley 1121 de 2006 reguló este delito en el título XII contra la seguridad pública consagrando:

“Cuando varias personas se concierten con el fin de cometer delitos, cada una de ellas será penada, por esa sola conducta, con prisión de tres (3) a seis (6) años.

Cuando el concierto sea para cometer delitos de genocidio, desaparición forzada de personas, tortura, desplazamiento forzado, homicidio, terrorismo, tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias sicotrópicas, secuestro, secuestro extorsivo, extorsión, enriquecimiento ilícito, lavado de activos o testaferrato y conexos, o financiamiento del terrorismo y administración de recursos relacionados con actividades terroristas, la pena será de prisión de ocho (8) a dieciocho (18) años y multa de dos mil setecientos (2700) hasta treinta mil (30000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

“La pena privativa de la libertad se aumentará en la mitad para quienes organicen, fomenten, promuevan, dirijan, encabecen, constituyan o financien el concierto para delinquir”.

Para la estructuración de este tipo penal se requiere entonces:

1. La existencia de un número plural de personas.
2. Que exista un acuerdo de voluntades entre quienes conforman la organización.
3. Que su objetivo sea la comisión de delitos.

Sobre este tema ha expresado la Corte Suprema de Justicia²⁷:

“... El concierto para delinquir es uno de los llamados delitos permanentes y estos se caracterizan, entre otras cosas, porque se van consumando durante todo el tiempo en que perdura el pacto, y porque, como es obvio, culminan una vez desaparece la ofensa al bien jurídico tutelado. Así mientras ésta no termine, el delito “ se está cometiendo”. Consecuencia de lo anterior, la conducta se prolonga tanto en el tiempo como en el espacio...”

De otro lado el delito de concierto para delinquir no requiere un resultado toda vez que se consuma con independencia de la realización de las conductas pactadas, de ahí que se hable de su carácter autónomo, de un tipo de mera conducta y de peligro presunto de manera que si los demás delitos se cometen, concursan materialmente con el concierto para delinquir.

Más adelante, la misma Corporación puntualizó²⁸:

“ (...)Ahora bien, el concierto para delinquir es de aquellos tipos penales llamados de doble acción o plurisubjetivos, debido al número de personas que requiere para su configuración, más de una, quienes responden a título de autores por el sólo hecho de asociarse de manera permanente para cometer delitos indeterminados. (De la Sala)

Así mismo es un tipo autónomo porque es independiente de las conductas punibles cometidas por los concertados, de modo que si estos ejecutan otros hechos delictivos, existirá un concurso material y efectivo de tipos penales en los términos del artículo 31 del Código Penal, en el que cada uno responderá de acuerdo con el grado de contribución o aporte en los respectivos delitos, distintos al concierto (...)

(...)

²⁷ Sentencia Radicado 22515 del 23 de febrero de 2005 M.P Álvaro Orlando Pérez Pinzón

²⁸ CSJ, Radicado 35116 M.P Luis Guillermo Salazar Otero, 24 de octubre de 2012

Se constató por la Sala que efectivamente los hechos contenidos en el preacuerdo y los imputados en la correspondiente audiencia de verificación, así como los contenidos en el escrito de acusación, son los mismos que desde un principio le fueron endilgados y que por tanto han permanecido invariables.

Sin embargo dígase desde ya que esta Corporación no encuentra razón de entidad que permita negociar y acceder a lo pretendido por la Fiscalía y la acusada, pues el degradar la conducta de coautor a cómplice transgrede el elemento compositor del tipo penal del concierto para delinquir, su núcleo esencial, es decir el acuerdo de voluntades para cometer punibles.

Es evidente que sobre este tipo penal no se puede hablar ni de tentativa, ni de formas de participación, pues ontológicamente el delito no permite que esto ocurra. Con la creación de esta conducta punible el legislador quiso recriminar el peligro inminente en el que se encontraba la sociedad, reprochando por eso la asociación contractual y concertada de los autores en potencia de conductas punibles indeterminadas.

No obstante, la Sala admite que algunas conductas penadas por el legislador permiten este tipo de degradación haciendo laxa la aplicación del principio de legalidad, pero no puede dejarse de lado que para que esto suceda todo preacuerdo debe estar sujeto a verificación por el Juez de conocimiento quien ejerce un control formal y material sobre el mismo para que esta figura cumpla con el respeto irrestricto de derechos y garantías fundamentales, en particular la legalidad de los delitos y las penas, el debido proceso y la tipicidad.

Sobre el control sustancial que realiza el Juez dentro del sistema penal acusatorio ha referido la Corte Constitucional en Sentencia C-591 de 2005 así:

“(...)la misión que corresponde desempeñar al juez, bien sea de control de garantías o de conocimiento, va más allá de la de ser un mero árbitro regulador de las formas procesales, [pues tiene que] buscar la aplicación de una justicia material, y sobre todo, [...] ser un guardián del respeto de los derechos fundamentales del indiciado o sindicado, así como de aquellos de la víctima, en especial, de los derechos de ésta a conocer la verdad sobre lo ocurrido, a acceder a la justicia y a obtener una reparación integral, de conformidad con la Constitución y con los tratados internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad”.

Ahora bien, correctamente se entendió que la conducta circunstanciada se tipificaba en el artículo 340 del Código Penal que trata del concierto para delinquir y que a cambio de la aceptación de los cargos, la fiscalía le reconocía la participación como cómplice a la señora Clara Inés Pineda Rojas y está a su vez ofrecía testimonio en contra de quienes trabajaron en la organización criminal situación que a la postre desborda la facultad otorgada a la Fiscalía General de la Nación para lograr los preacuerdos.

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 no se cumplen todas las finalidades que informan los preacuerdos y negociaciones entre la fiscalía y el imputado o acusado, pues si se trata de servir como testigo para obtener magnánimo beneficio a costa de transgredir palpablemente el principio de legalidad sabiendo de entrada que el ente acusador cuenta con suficiente material probatorio para condenar a quienes no se acogieron al preacuerdo, ese actuar desprestigia la administración de justicia.

Como se mencionó en el sub judice el rol que ejerce el Fiscal dentro de este sistema penal es el de guardar consonancia entre la situación fáctica y la calificación jurídica al momento de imputar la conducta endilgada al procesado, de manera tal que no desborde la labor de adecuación y termine construyendo tipos penales distintos a los previstos, invadiendo competencias que únicamente le corresponden al Congreso de la Republica dentro de un Estado Social de derecho en el que todas las funciones se encuentran plenamente determinadas en la Constitución y la Ley.

Se agrega a lo anterior que el tipo penal de concierto para delinquir, no admite la modalidad tentada. Eso significa que el legislador solo estableció la posibilidad de infringir ese precepto legal por la vía de la consumación y que en consecuencia el dispositivo amplificador del tipo no opera para este caso. Ello evidencia que el legislador no contempló o no tipificó el delito por la vía de intentar cometer el concierto (delito tentado) sino por el de concertarse concretamente. Por tanto al no haber sido contemplado el tipo penal tentado de concierto para delinquir, se vulnera el principio de legalidad de los delitos y de las penas. Dicho de otra manera para que el preacuerdo no vulnere el principio de

legalidad el legislador ha debido establecer de manera previa la posibilidad de infringir ese precepto legal por la vía de la tentativa o de su intento de consumación, modalidad que no contempló.

Agreguemos también que el dispositivo amplificador de la participación no opera en el presente caso pues por tratarse de un delito de mera conducta que requiere concertarse para cometer un número indeterminado de comportamientos punibles, no admite la figura de la complicidad. Dicho de otra manera la sola circunstancia de concertarse hace que las personas respondan como autores y que por tanto esté proscrita la posibilidad de que otros concurren como cómplices, circunstancia que también vulnera el principio de legalidad.

Ello denota acertada la decisión del Juez de Primera Instancia al no aprobar el preacuerdo en esas condiciones. Además actuar de esa manera no consulta las finalidades para esta clase de preacuerdos, pues con ellos se genera impunidad, descredito de la administración de justicia y atropello al derecho de las víctimas a conocer la verdad.

...(...)

MAGISTRADA: Dra. Luz Ángela Moncada Suárez
PROVIDENCIA: Apelación Sentencia / 21 de Marzo de 2014
CLASE DE PROCESO: PREVARICATO POR ACCIÓN
DENUNCIANTE:
DENUNCIADO: Raúl Alberto Cely Alba
RADICACIÓN: 150016000133200800622 (2011-0711)

DESCRIPTORES – Restrictores

PREVARICATO/ PREVARICATO POR ACCIÓN/

URGENCIA MANIFIESTA-Presupuesto de Contratación Directa-

TESIS: ...”La urgencia manifiesta como presupuesto de la contratación directa, ha sido considerada por la jurisprudencia constitucional²⁹, como una justificada excepción a los procedimientos reglados de selección objetiva, por estar sujeta a la existencia de circunstancias de calamidad pública o desastre que afectan de manera inminente la prestación de un servicio público, motivos que deben expresarse en el acto administrativo que luego es objeto de control fiscal junto con los contratos que se celebren como consecuencia de la declaración de aquella. En consecuencia, debe existir la interrupción del servicio público para considerarse como urgente la contratación para el restablecimiento del mismo con la ejecución de obras de manera inmediata, lo que imposibilitaría agotar todos los trámites administrativos de la contratación pública reglada mediante la licitación. Por esto, la ley 80 de 1993 autoriza al jefe o representante legal de la entidad administrativa, facultada para contratar, para hacer la declaración de la urgencia con el carácter de manifiesta, precisamente por las situaciones excepcionales presentadas, como calamidades, desastres, hechos de fuerza mayor, guerra exterior o conmoción interior, emergencia económica, social o ecológica, que han generado la paralización o interrupción de un servicio público, todo con el fin de poder contratar directamente prescindiendo de la licitación, pero en procura de cumplir con el deber de una selección objetiva. Para que no se hiciera un uso desmedido de la urgencia manifiesta y se burlara la regla general de la contratación administrativa por esta vía; la Contraloría y la Procuraduría General de la Nación en conjunto, emitieron la circular 14 de 2011, donde se indican como elementos que se deben tener en cuenta por el operador al aplicar la excepción de la contratación mediante urgencia manifiesta, entre estos: i) la continua prestación del servicio público, ii) el inmediato futuro o el concepto temporal para establecer la urgencia de la actuación, es decir, que lo que se pretende satisfacer con la contratación directa en este caso es resolver de manera inmediata o en el futuro inmediato es el restablecimiento del interés público de conformidad con la connotación de la declaratoria de la urgencia manifiesta, y iii) los estados de excepción, la calamidad, fuerza mayor o desastre. Como igualmente lo ha reiterado la jurisprudencia constitucional cuando se ha pronunciado sobre la declaración de la urgencia manifiesta y la contratación con ocasión a la misma, se recomienda: verificar que los hechos que se pretenden atender, se adecuen a las causales previstas en el artículo 42 de la ley 80 de 1993; confrontar aquellos hechos, el procedimiento y tiempos que se emplearía para resolver la emergencia mediante la contratación ordinaria, frente a la inmediatez para la satisfacción del interés general; a pesar de no requerirse de estudios previos ni celebración por escrito del contrato, el acto administrativo que declare la urgencia manifiesta es exigible; determinar la idoneidad del contratista; atender la normatividad de permisos, licencias, y similares respecto de las medidas de

²⁹ Sentencia C-949 de 2001

seguridad industrial, manejo ambiental, etc.; determinar que el valor del contrato se encuentre dentro de los precios del mercado; designar el interventor o supervisor para el seguimiento de la obra; tener claridad en las condiciones del contrato, como objeto, precio, plazo, obligaciones de las partes, etc.; efectuar los trámites presupuestales para el pago de lo pactado; y por último, someter a control fiscal posterior los actos realizados. En términos generales, en la declaración de la urgencia manifiesta y contratación que de esta resulte, el servidor público debe cumplir las normas mínimas que regulan aquella y la contratación directa, en garantía de los principios de transparencia, economía y responsabilidad y postulados de la función administrativa. Así, la declaración de la urgencia manifiesta es considerada como una parte de la fase precontractual en la contratación administrativa, como lo expuso el Consejo de Estado en el fallo del 7 de febrero de 2011, en el radicado 11001-03-26-000-2007-00055-00 (34425), con ponencia del Consejero Jaime Santofimio Gamboa. Precisado que la declaración de la urgencia manifiesta tiene la categoría de acto precontractual, para determinar, ordenar o autorizar la celebración del contrato de manera directa, la Sala concluye que quien tiene delegación para contratar conforme a lo previsto en el artículo 12 de la ley 80 de 1993, tiene inmersa la encomienda para declarar la urgencia manifiesta cuando sea procedente.

La norma en cita señala:

“Artículo 12º.- De la Delegación para Contratar. Los jefes y los representantes legales de las entidades estatales podrán delegar total o parcialmente la competencia para celebrar contratos y desconcentrar la realización de licitaciones o concursos en los servidores públicos que desempeñen cargos del nivel directivo o ejecutivo o en sus equivalentes. (La expresión concursos fue derogada por el art. 32 de la ley 1150 de 2007) (Esta norma fue declarada exequible en sentencia C-374 de 1994)

En ningún caso, los jefes y representantes legales de las entidades estatales quedarán exonerados por virtud de la delegación de sus deberes de control y vigilancia de la actividad precontractual y contractual.

Parágrafo. Para los efectos de esta ley, se entiende por desconcentración la distribución adecuada del trabajo que realiza el jefe o representante legal de la entidad, sin que ello implique autonomía administrativa en su ejercicio. En consecuencia, contra las actividades cumplidas en virtud de la desconcentración administrativa no procederá ningún recurso”. (El inciso segundo y parágrafo de esta norma, fue adicionado por el artículo 21 de la ley 1150 de 2007, y el inciso segundo se declaró exequible condicionado en la sentencia C-693 de 2008).

La jurisprudencia constitucional³⁰, ha distinguido los fenómenos administrativos de la descentralización, desconcentración y delegación, indicando que todos ellos son mecanismos de coordinación y organización de la estructura administrativa a los que se refieren los artículos 209 y 211 de la Constitución Política.

Al hacer el examen de constitucionalidad del artículo 12 de la ley 80 de 1993, en la sentencia C-372 de 2002, la Alta Corporación Constitucional se pronunció sobre la naturaleza administrativa de la actividad contractual, los elementos de la delegación administrativa, sus fines, su objeto, la improcedencia de la delegación, entre otros temas.

Allí dijo que la actividad contractual en el Estado Social de Derecho es una modalidad de gestión pública, regida por los principios de igualdad, moralidad, eficacia, celeridad, economía, imparcialidad y publicidad previstos en los artículos 209 y 123 de la Constitución Política; y que si bien la titularidad de la contratación estatal ha sido radicada por el legislador en el jefe o representante legal de la entidad, esto no excluye, por la naturaleza y el nivel de empleo y por el tipo de atribuciones a cargo de dicho funcionario, para que pueda, cuando lo estime procedente para cumplir los principios de la función administrativa, vincular a otros funcionarios de la entidad para que participen en la gestión contractual, disponiendo de los instrumentos de gestión a los que puede acudir, entre estos, la delegación total o parcial de su competencia para celebrar contratos en servidores públicos de la entidad.

En la contratación pública, en virtud del principio de transparencia, la escogencia del contratista se efectúa siempre a través de licitación o concurso, salvo los casos expresamente señalados en la ley, en los que se puede contratar de manera directa; siendo una de estas excepciones “la urgencia manifiesta”, de conformidad al artículo 24 numeral 1 literal f de la ley 80 de 1993, que igualmente después se consagró en el artículo 2 numeral 4 literal a, de la ley 1150 del 16 de julio de 2007.

El artículo 29 de la ley 80 de 1993, igualmente regula el deber de selección objetiva del contratista, que resulta en la escogencia al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que busca, sin tener en cuenta cualquier clase de motivación subjetiva, y específicamente en la contratación directa, la ventaja para la entidad resulta del más bajo precio o el plazo ofrecido, la consulta de los precios y condiciones del mercado, etc....”

³⁰ Corte Constitucional, entre otras, sentencias T-024 de 1996, C-496 de 1998, C-561 de 1999.

(...)

MAGISTRADA: Dra LUZ ANGELA MONCADA SUÁREZ
PROVIDENCIA: Apelación Sentencia / 14 de Febrero de 2014
RADICACION: 2012-634
PROCESO: FABRICACION TRAFICO Y PORTE DE ARMA DE FUEGO Y MUNICIONES
DENUNCIANTE: De oficio
DENUNCIADO: MARCO TULLIO JIMÉNEZ ARIAS

DESCRIPTOR- RESTRICTORES

ALLANAMIENTO/- ACEPTACIÓN DE CARGOS-/ DOSIFICACION PUNITIVA

DOSIFICACION PUNITIVA/REBAJA DE PENA/ CAPTURA EN FLAGRANCIA

DOSIFICACION PUNITIVA/ CIRCUNSTANCIAS COMISIÓN CONDUCTA/

TESIS...“ El problema jurídico a resolver, se contrae a determinar si en el caso de marras, es procedente aplicarle al procesado la rebaja punitiva de la mitad de la pena, en los términos que lo solicita la Defensa, que señala que si bien es cierto la ley 1453 de 2011 consagra que en los casos de aceptación de cargos cuando la captura se produjo en situación de flagrancia, el descuento punitivo será de la ¼ parte, la aplicación de un descuento punitivo de la mitad sería mas favorable y haría posible la materialización de la humanización de la pena, teniendo en cuenta las circunstancias que rodearon la comisión de la conducta.

Para resolverlo, la Sala considerar abordar el tema de la rebaja punitiva en los casos de captura en flagrancia en forma genérica, y luego hacer el análisis del caso particular sobre la dosificación de la pena de acuerdo a las circunstancias en que se cometió la conducta y que fueron imputadas al procesado.

...(…)

La ley 1453 de 2011 en su artículo 57 modificó el artículo 301 de la ley 906 de 2004, sobre las causales en las cuales hay flagrancia, adicionándose un parágrafo en el que establece que las personas que incurran en dichas causales solo tendrán la rebaja de la cuarta parte de la pena en los casos previstos en el artículo 351 de la misma ley, así lo señaló:

“PARÁGRAFO. La persona que incurra en las causales anteriores sólo tendrá ¼ del beneficio de que trata el artículo 351 de la Ley 906 de 2004.”

Antes de esa adición normativa, la ley 906 de 2004, indistintamente si se trataba de persona capturada en flagrancia o no, en caso de aceptación de responsabilidad dentro de la terminación anticipada del proceso, bien fuera por allanamiento, preacuerdos o negociaciones, había previsto la rebaja punitiva en la nueva sistemática procesal, para materializar el derecho premial y en desarrollo de la política criminal, dentro de una escala según la aproximación al momento de la sentencia o desgaste en la investigación, es decir, según la economía procesal, el desgaste para la administración de justicia en la investigación y juzgamiento, así:

i) Para el allanamiento en la audiencia de formulación de imputación o preacuerdos celebrados antes de presentarse el escrito de acusación (art.350), el legislador previó una rebaja hasta la mitad de la pena imponible, como lo señalara en el artículo 351 de la citada ley.

ii) Cuando los preacuerdos se realicen después de presentado el escrito de acusación y hasta el momento en que sea interrogado el acusado al inicio del juicio oral sobre la aceptación de su responsabilidad, la rebaja la señaló en una tercera parte de la pena a imponer, según el artículo 352.

iii) En la audiencia preparatoria, si el acusado manifiesta la aceptación de responsabilidad, la rebaja la rotuló hasta en una tercera parte de la pena a imponer, conforme al numeral 5 del artículo 356.

iv) En la alegación inicial del juicio, si el acusado se declara culpable, dispuso en el artículo 367 que la rebaja fuera de una sexta parte de la pena imponible respecto de los cargos aceptados,

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, respecto a la rebaja prevista en el artículo 351 de la ley 906 de 2004, es decir, en el allanamiento en la audiencia de la formulación de

imputación, o en los preacuerdos antes de la presentación del escrito de acusación, al señalarse hasta en el 50% de la pena imponible, quiso hacer una distinción en los asuntos en los que la persona era capturada en flagrancia; esto, teniendo en cuenta no solamente la mayor o menor economía procesal con la aceptación de los cargos, sino la colaboración en el descubrimiento de la realidad material, lo que implicaría que en la aprehensión en flagrancia era menor la colaboración con la aceptación de responsabilidad, toda vez que de la misma flagrancia se derivarían con mayor facilidad los elementos reveladores de la conducta punible y responsabilidad del procesado que darían lugar a un fallo de condena³¹, por lo que la rebaja no podría ser del 50% sino que debía ser estimada entre el 35 al 40%.

Y fue entonces cuando la ley 906 de 2004 se modificó mediante la ley 1453 de 2011, y en su artículo 57 previó la rebaja de pena que se indicaba en el artículo 351 de aquella ley en casos de captura en flagrancia, dejándola solamente en la cuarta parte del beneficio de que trata este artículo.

Pero dicha modificación trajo dificultades por las diferentes interpretaciones dadas a la misma, al no brindar la suficiente claridad, específicamente sobre los siguientes aspectos en concreto: i) si ese monto de rebaja de la cuarta parte es sobre el monto ya señalado en el artículo 351 de la ley 906 de 2004, es decir, sobre la rebaja hasta el 50%, o si por el contrario es de la cuarta parte sobre la pena a imponer, ii) si la rebaja de la cuarta parte es única en caso de captura en flagrancia con independencia de la etapa del proceso en la cual el procesado se allane o preacuerde con la Fiscalía, o si por el contrario solamente es para cuando el allanamiento se produce en la audiencia de formulación de imputación o en los preacuerdos antes de presentarse el escrito de acusación, iii) en caso de aceptarse la rebaja de la cuarta parte como única con independencia de la etapa procesal de aceptación de responsabilidad, si se vulnera o no el principio de legalidad, debido proceso, y principio de favorabilidad, al suprimir la gradualidad de la rebaja punitiva en la aceptación de responsabilidad prevista en el nuevo esquema procesal penal con efectos sustanciales, y al hacer una interpretación de la modificación en contra de la reducción de beneficios establecidos para el procesado, iv) en su lugar, de aceptarse que la rebaja de la cuarta parte de la pena es para el allanamiento en la audiencia de formulación de imputación o en los preacuerdos antes de presentarse el escrito de acusación, si se vulnera o no el principio de igualdad y la filosofía gradual de la rebaja punitiva por aceptación de culpabilidad según el momento procesal en que se produzca ésta, al resultar con esta interpretación, recibiendo una mayor rebaja de pena quien hace la aceptación después de presentado el escrito de acusación que aquel que lo hizo en la primera fase del proceso.

Estos temas, fueron estudiados por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, inicialmente, como allí se señaló, en su labor pedagógica, en la sentencia del 5 de septiembre de 2011, dentro del radicado 36502, siendo Magistrado Ponente el Dr. Alfredo Gómez Quintero, con salvamento de voto del Magistrado Sigifredo Espinosa Pérez.

La tesis mayoritaria en dicha providencia a más de concluir que la rebaja de la cuarta parte en caso de aceptación de responsabilidad cuando la persona es capturada en flagrancia, es sobre la pena a imponer, dijo que era única con independencia de la etapa del proceso en la cual el procesado se allane o preacuerde con la Fiscalía. En los siguientes términos, resumió:

“(...) Aun así, en esta última hipótesis, nadie ha dudado que sobre el descuento de hasta la tercera parte en la preparatoria para nada incide la proporción “hasta de la mitad” reglada en el art 351. Lo claro es que “hasta la tercera parte” de la preparatoria se predica y se aplica es de la pena individualizada en la sentencia y no del referente del 351. Es la anterior –en esencia- la misma regulación hecha en la nueva legislación cuando el monto de la ¼ parte lo relaciona por remisión al art 351.

(...)

Así las cosas, los verdaderos sentido y alcance de la restricción de ¼ parte de la rebaja de pena en los casos de flagrancia conduce a concluir que tal guarismo es único y que tiene aplicabilidad con independencia de las etapas del proceso o en cualquiera de los momentos u oportunidades en que el imputado o acusado acepte los cargos, bien sea por allanamiento, o por preacuerdo con el Fiscal.”

El disidente de la tesis de mayoría, consideró que el párrafo del artículo 57 de la ley 1153 de 2011, independientemente de la manera como se interpretara, vulneraba el debido proceso y principios de legalidad e igualdad, por lo que en su sentir, debía aplicarse la excepción de inconstitucionalidad de dicha norma; así lo expuso el Magistrado Sigifredo Espinosa Pérez en el salvamento de voto:

³¹ Sobre el particular se pronunció la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Penal, entre otros, en las providencias 27263 del 29 de julio de 2008, 30550 y 31061 del 24 de marzo de 2010, 28222 del 30 de junio de 2010, 29902 y 30273 del 9 de diciembre de 2010, y 33754 del 15 de junio de 2011, que después fueron citadas en la sentencia del 5 de septiembre de 2011 en el radicado 36502.

“(...)

Consideramos, finalmente, que ante las paradojas producidas por la norma imprevientemente redactada, podría acudirse a la excepción de inconstitucionalidad, ya que, no importa cómo se interprete ella, siempre conduce a resultados que afectan principios penales basilares.

Ya se vio el efecto que produce –sobre el principio de legalidad, el debido proceso y el principio favor rei- extender sus efectos a la audiencia preparatoria y el inicio de la audiencia de juicio oral.

Pero, si apenas se aplica a la audiencia de formulación de imputación, como surge de la redacción de la norma, se violenta grandemente el principio de igualdad y la filosofía misma de la rebaja por allanamiento a cargos que, como se dijo antes, parte de la gradualidad sometida al momento en que ocurre esa aceptación de responsabilidad y su incidencia en el ahorro de esfuerzo de la judicatura. Así, obviamente, asoma paradójico que quien se allana a último momento, reciba más rebaja que aquel que aceptó los cargos desde un comienzo.”

Pero posteriormente, se emitió por la Corte Suprema de Justicia un nuevo pronunciamiento, en el proceso radicado con el número 38285, anunciado el 11 de julio de 2012, con ponencia del Magistrado Fernando Alberto Castro Caballero, donde se analizaron tres temas específicos con ocasión al objeto del recurso de casación sobre la rebaja de pena contenida en el párrafo del artículo 57 de la ley 1153 de 2011: i) la fuerza de precedente judicial de la sentencia del 5 de septiembre de 2011 en el radicado 36502, ii) los pilares del sistema acusatorio frente a la libertad de configuración legislativa; y (iii) la precisión acerca del alcance y contenido del artículo 57 de la Ley 1453 de 2011.

Sobre el primer tema, concluyó que la decisión sobre el tema de la rebaja de pena por aceptación de cargos de persona capturada en flagrancia del 5 de septiembre de 2011 no constituye un precedente judicial, razón por la cual carece de fuerza vinculante para los operadores judiciales, por tratarse de una obiter dicta y no de la razione decidendi que es la de imperioso acatamiento.

De la libertad de configuración legislativa respecto al sistema acusatorio, concluyó que el legislador tiene una amplia facultad por mandato constitucional, de acuerdo con lo reglado en el artículo 150 numeral 2° de la Constitución Política, para crear las correspondientes normas, a fin de estructurar el procedimiento judicial y reformar sus disposiciones, aunque dicha facultad es limitada al estar sujeta a varios presupuestos, y conforme al nuevo sistema le está vedado romper con las reglas de los elementos esenciales del mismo, entre otros, el diseño de las negociaciones y preacuerdos.

Y sobre la precisión acerca del alcance y contenido del artículo 57 de la Ley 1453 de 2011, dijo que el esquema de rebajas por aceptación de cargos en allanamientos, preacuerdos o negociaciones, corresponde realizarse teniendo en cuenta la flagrancia, pero debiéndose respetar las reducciones de pena inicialmente consagradas para dichos institutos, de las cuales el sujeto sólo tendrá derecho a una cuarta parte de las regladas, interpretación que se ajusta al mencionado principio de progresividad y consulta con el querer del legislador, por lo que la rebaja prevista en la ley 906 de 2004 para la aceptación de cargos de persona capturada en flagrancia, si es en la audiencia de formulación de imputación la cuarta parte es de la mitad prevista en el artículo 351, esto es, el 12.5%, en la audiencia preparatoria la cuarta parte es de la tercera parte prevista en el artículo 356, es decir, el 8.33%, y en la audiencia de juicio oral la cuarta parte es de la sexta parte prevista en el artículo 367, esto es, del 4.16%.

Y en el caso de los preacuerdos celebrados antes de la presentación del escrito de acusación, la rebaja de pena no podrá exceder del 12.5%, que es la cuarta parte de la mitad, y los que fueren posteriores a la presentación de la acusación, dado que el artículo 352 de la Ley 906 de 2004 prevé una rebaja de la pena imponible en una tercera parte, la rebaja solo quedará el 8.33%.

Dicho pronunciamiento, a más de tener el carácter vinculante para los operadores judiciales, por tratarse de la razione decidendi, y como se dijo en la misma decisión, “de imperioso acatamiento”, obedece a un juicioso estudio de la reforma legislativa acorde con la filosofía del sistema penal acusatorio que nos rige y desde luego al principio de legalidad de los delitos y de las penas.

Y finalmente, la máxima autoridad sobre el estudio de la constitucionalidad de la norma, la Corte Constitucional, se pronunció en la sentencia C-645 del 23 de agosto de 2012 con ponencia del Magistrado Nilson Pinilla Pinilla, decisión de obligatorio cumplimiento, encontrando el párrafo del artículo 301 del C. de P.P., adicionado por el artículo 57 de la ley 1453 de 2011, ajustado a la Carta Política, condicionada a la interpretación allí señalada, la cual coincide con la precisión que hiciera la Corte Suprema de Justicia en el pronunciamiento dentro del radicado 38285 del 11 de julio de 2012 antes reseñado, acerca del alcance y contenido de aquella norma.

En dicha decisión la Alta Corporación en su parte resolutive dijo lo siguiente:

*“Declarar **EXEQUIBLE** el párrafo del artículo 57 de la Ley 1453 de 2011, mediante el cual fue modificado el artículo 301 de la Ley 906 de 2004, en el entendido de que la disminución en una cuarta parte del beneficio punitivo allí consagrado, debe extenderse a todas las oportunidades procesales en las que es posible al sorprendido en flagrancia allanarse a cargos y suscribir acuerdos con la Fiscalía General de la Nación, respetando los parámetros inicialmente establecidos por el legislador en cada uno de esos eventos.”*

En síntesis, para los hechos ocurridos con posterioridad al 24 de junio de 2011, fecha en que entró a regir la ley 1453 de 2011, en los casos de aceptación de culpabilidad por personas capturadas en flagrancia, ya sea mediante allanamientos, preacuerdos o negociaciones, lo correspondiente a la rebaja punitiva será interpretada conforme a la tesis expuesta por la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Penal en la providencia anunciada el 11 de julio de 2012 en el radicado 38285, con la que coincide la sentencia de constitucionalidad C-645 de 2012, ambas de obligatorio cumplimiento, como ya se expusiera, criterios que respetan el principio de legalidad en el estudio a la reforma acorde con la filosofía del sistema penal acusatorio que nos rige.

...(...)

MAGISTRADA: Dra LUZ ANGELA MONCADA SUÁREZ
PROVIDENCIA: Apelación Providencia / 24 de Abril de 2014
RADICACION: 2013-0897
PROCESO: CONCIERTO PARA DELINQUIR/ HURTO CALIFICADO
DENUNCIANTE: De Oficio
DENUNCIADO: CAMPO ELÍAS SALINAS Y OTROS

DESCRIPTOR- RESTRICTORES

IMPUTACIÓN/ - LEGALIZACIÓN-

FORMULACION DE IMPUTACIÓN/ NULIDAD/CAUSALES- PRINCIPIOS QUE RIGEN SU DECLARATORIA/

NULIDADES/ AUDIENCIA DE ACUSACION/

TESIS...” La Ley 906 de 2004 en el título VI del libro III, regula lo correspondiente a la ineficacia de los actos procesales y establece como causales de nulidad la derivada de la prueba ilícita, la incompetencia, y la violación a garantías fundamentales, consagrando expresamente el principio de taxatividad al no poder decretarse ninguna nulidad por causal diferente a las allí señaladas. En primer lugar, consideramos procedente precisar que de las garantías fundamentales, forma parte tanto el derecho de defensa como el debido proceso en aspectos sustanciales, como expresamente está consagrada dicha causal de invalidación de la actuación en el artículo 457 de la Ley 906 de 2004, es decir, que en el curso de la actuación pueden generarse situaciones irregulares que afecten el debido proceso o el derecho de defensa, tanto del indiciado, imputado o acusado, como de las víctimas, quienes tienen el derecho a intervenir en todas las fases de la actuación penal en garantía de los derechos a la verdad, la justicia y la reparación bajo determinadas reglas. Como se ha sostenido en reiteradas providencias de esta Sala de Decisión, el debido proceso constituye un postulado básico del Estado de Derecho, traducido en la facultad del ciudadano de exigir tanto en la actuación judicial como administrativa, el respeto irrestricto de las normas y ritos propios de la actuación por parte del Estado en cada caso concreto de aplicación de la ley sustancial; en los términos del artículo 29 de la C.P., formando usualmente parte de este: la preexistencia de la ley penal, el juez o tribunal competente, el acceso a la administración de justicia en condiciones de libertad e igualdad, la observancia y cumplimiento de las formas propias del juicio, entendido éste último como todo el desarrollo del proceso, la aplicación de la ley penal favorable, la presunción de inocencia y sus consecuencias, la defensa técnica y material, el proceso público sin dilaciones injustificadas, el principio de contradicción, la imparcialidad del juez, a la doble instancia, entre otros. Igualmente el debido proceso se garantiza mediante la observancia no solo de las normas previstas para el trámite del proceso, sino también de las normas de contenido sustancial que para el caso rigen el derecho penal en cuanto a las conductas punibles y la sanción por las mismas, formando parte del mismo el principio de legalidad de los delitos y de las penas, cuya inobservancia conculca el derecho fundamental en cita y es causal de nulidad insanable. En cuanto al derecho de defensa, se ha dicho que es una de las principales garantías del debido proceso, entendido como la oportunidad reconocida a toda persona, en el

ámbito de cualquier proceso o actuación judicial o administrativa, “de ser oída, de hacer valer las propias razones y argumentos, de controvertir, contradecir y objetar las pruebas en contra y de solicitar la práctica y evaluación de las que se estimen favorables, así como de ejercitar los recursos que la ley otorga”³².

Por tanto, del derecho a la defensa se derivan los principios de: oportunidad de defenderse, de ser unitaria y continua, de ejercerse de manera material y técnica, es decir, puede ser ejercida directamente por el acusado o por su defensor, pero aun pudiéndose ejercer de manera separada, no es factible prescindir de ninguna de las dos, y de ser concurrentes la defensa material y la defensa técnica. Por lo expuesto, podemos señalar que el debido proceso es la máxima expresión de las garantías fundamentales y cualquier vulneración a las mismas pueden ser alegadas por violación al debido proceso en un sentido amplio, siendo parte integral del mismo el derecho de defensa cuya conculcación trae como consecuencia la sanción que es la invalidación de la actuación. Así mismo, la jurisprudencia sobre la declaratoria de nulidades en el nuevo sistema penal acusatorio, ha señalado lo siguiente:

*“si bien es cierto en la ley 906 de 2004, no aparece de manera expresa una disposición que fije los parámetros para la solicitud y declaratoria de las nulidades (al contrario de lo que sucede con el artículo 310 del estatuto procesal anterior), también lo es que tal ausencia de ninguna manera implica la desaparición de los principios que las regulan, razón por la cual continua vigente en sede de casación la estricta observancia del principio de trascendencia, según el cual quien solicita que se declare la invalidez de lo actuado tiene la carga de demostrar la irregularidad, así como la afectación real de las garantías de las que son titulares las partes, o bien la efectiva conculcación de las bases fundamentales del procedimiento”*³³

En consecuencia, entre los principios que rigen la declaratoria de nulidad, a más de la taxatividad, podemos referenciar los de protección, convalidación, trascendencia, residualidad, instrumentalidad de las formas y, acreditación; por tanto, no basta con enunciar una serie de presuntas irregularidades en la actuación procesal si no se demuestra que en realidad existieron, que las mismas hacen parte de las enumeradas para la invalidación de la actuación, indicando la afectación real a los intereses del procesado, sin que exista otra forma de subsanarse o no haya sido convalidada. De otra parte, se ha precisado sobre los motivos de nulidad susceptibles de ser denunciados en el trámite de la audiencia de formulación de acusación previsto en el artículo 339 de la ley 906 de 2004, señalando la jurisprudencia³⁴ que son los que se relacionan con el escrito de acusación y de las irregularidades que afectan la estructura del proceso, es decir, del conjunto de actos que son imprescindibles para que el trámite avance en sus etapas posteriores, pues si los mismos están viciados el proceso se desnaturaliza. En consecuencia, como en el presente caso, la conculcación de garantías fundamentales se atribuye a la presunta carencia de presupuestos legales de la formulación de imputación, específicamente en cuanto a la descripción fáctica, la misma es susceptible de ser cuestionada en la audiencia de formulación de acusación porque con dicha diligencia se da inicio propiamente al proceso penal, siendo un acto indispensable para que se haga la acusación y se desarrolle el juicio.

...(...)

La formulación de la imputación cuyo concepto está previsto en el artículo 286 de la ley 906 de 2004, es el acto procesal que comporta -entre otros efectos- el servir de medio de vinculación de la persona a la actuación, adquiriendo la calidad de imputado (artículo 282, 286), y a partir de ella la defensa puede preparar de modo eficaz su actividad procesal con las limitaciones previstas en el mismo código. Con este acto se pretende única y exclusivamente informar a la persona que existe una investigación en su contra, por hechos que eventualmente pueden comprometer su responsabilidad penal, y dado los principios de inmediación y concentración que rigen el nuevo proceso penal, no hay obligación a revelar elementos materiales probatorios que la Fiscalía haya recaudado, los que serán dados a conocer a partir de la presentación de la acusación, y existiendo allanamiento o preacuerdos antes de la acusación formal del proceso ordinario, como forma de terminación anticipada, los mismos se darán a conocer en el momento de la audiencia que se verifique el allanamiento o el acuerdo para respaldar la imputación que hará las veces de acusación. La formulación de imputación dentro del debido proceso comporta una sub-etapa trascendental de la fase de investigación, porque constituye el parámetro normativo obligatorio luego de que las averiguaciones e investigaciones por parte de la policía judicial bajo la dirección de la Fiscalía, confluyan en información y elementos de convicción de donde se infiera razonablemente que una persona es autor o partícipe del delito que se investiga. Entendiéndose por inferencia razonable, las deducciones que pueda hacer el juez de los argumentos presentados por la fiscalía, de los elementos materiales de prueba, evidencia física o información legalmente obtenida que este descubra, teniéndose en cuenta además, que el allanamiento a cargos que haga el procesado en esta etapa, es la probabilidad razonada de que el delito existió.

³² Corte Constitucional, sentencia C-617 de 1996.

³³ Corte Suprema de Justicia, providencia de junio 30 de 2010, radicación 33658, M. P. Julio E. Socha Salamanca.

³⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Auto del 21 de septiembre de 2010, rad. 33901, M.P. Jorge Luis Quintero Milanés.

...(...)

Cuando el código exige la relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes, se refiere tanto a la imputación fáctica como jurídica, parámetro para que el imputado pueda allanarse a dichos cargos, para determinar si es o no procedente la medida de aseguramiento, y si más adelante hay lugar a los preacuerdos, acuerdos o negociaciones, saber sobre qué imputación se va a realizar los mismos. Como sub-etapa en la fase de investigación, la imputación es trascendental en cuanto al principio de congruencia previsto en el artículo 448 del C. de P.P., porque el acusado no puede ser declarado culpable por hechos que no consten en la acusación, ni por delitos por los cuales no se ha solicitado la condena, pero esos hechos y delitos deben tener también congruencia con la formulación de imputación de donde se activa el derecho de defensa. En la estructura del proceso, así como la sentencia es el último de los pasos, donde se pone fin a la actuación con la condena o la absolución, la formulación de imputación es la apertura del proceso donde se le da a conocer al procesado la situación fáctica y jurídica por la cual se le va a adelantar el proceso, anunciándole los cargos de los cuales debe defenderse. Por tanto, debe existir la congruencia entre la imputación, acusación y sentencia. Y el desconocimiento del principio de congruencia puede dar lugar a la nulidad, e incluso motivar a las partes a promover el recurso extraordinario de casación. Y para preservar el principio de congruencia, en el proceso debe conocerse la imputación formulada por la Fiscalía ante el juez con funciones de control de garantías, a más que de dicho conocimiento se deriva todo el control que debe ejercer el juez de conocimiento sobre la legalidad de la actuación procesal previo a proferir sentencia. Sin embargo, en la congruencia entre imputación, acusación y sentencia, debe tenerse en cuenta varias circunstancias, entre estas: que la imputación fáctica, o descripción de los hechos en la imputación sea el mismo de la acusación, por el que se le adelantará el juicio, e igual sea por el que se proferirá la sentencia absolutoria o condenatoria, por eso, el artículo 351 del C. de P.P., en el caso de los preacuerdos señala que cuando la Fiscalía, por causa de nuevos elementos cognoscitivos, proyecte formular cargos distintos y más gravosos a los consignados en la formulación de la imputación, los preacuerdos deben referirse a esta nueva y posible imputación; pero la imputación jurídica puede ser variada, dentro de sus limitaciones, en el curso del proceso, así la jurisprudencia ha previsto unas reglas para tal efecto, entre las cuales está la del respeto por el núcleo fáctico de la imputación, exigiéndose así una plena congruencia entre la acusación y la sentencia como lo señala el artículo 448 del mismo estatuto; para concluir que de no existir plena identidad entre el contenido de la imputación desde su formulación y la sentencia, no necesariamente acarrea conculcación al debido proceso; debiéndose entonces analizar cada caso en particular. Por lo anterior, la jurisprudencia sobre la imputación inflada, especialmente cuando se atribuyen cargos por diferentes delitos que se subsumen en uno solo, o que hay concurso aparente de tipos, o cuando se imputan circunstancias agravantes, no vulnera el debido proceso, siempre y cuando se mantenga el marco de la imputación fáctica incólume; es decir, para que se viole el derecho de defensa debe ser abierta y vislumbrarse con facilidad que ha sido inflada la imputación, prácticamente que la imputación jurídica no corresponda a la descripción fáctica³⁵. Y una formulación de imputación o de acusación, ambigua y por consiguiente anfibológica, se presenta cuando hay indeterminación respecto de la forma de intervención del procesado en el hecho punible...

...(...)

SALA LABORAL DE DECISIÓN

MAGISTRADO: Dr JORGE EDUARDO RAMÍREZ AMAYA
PROVIDENCIA: Apelación Sentencia / 06 de Marzo de 2014
RADICACION: 2013-461
PROCESO: CONTRATO DE TRABAJO
DEMANADANTE: ORLANDO ROJAS CELY Y OTROS
DEMANDADO: SUCESIÓN DE CARLOS HUMBERTO FANDIÑO

DESCRIPTOR- RESTRICTORES/

NULIDADES/ INTERRUPCION DE TÉRMINOS/ -GARANTÍAS FUNDAMENTALES/ DEBIDO PROCESO/

INCIDENTE DE NULIDAD/ MECANISMO REMEDIAL/

³⁵ Sobre el particular se pronunció la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, en sentencia del 8 de octubre de 2008, rad. 29338, M.P. Alfredo Gómez Quintero.

NULIDADES/ HECHO NOTORIO/ PARO NACIONAL AGRARIO/

TESIS:...” las nulidades procesales se encuentran taxativamente enunciadas en nuestro ordenamiento jurídico procesal civil, aplicable por analogía al procedimiento laboral (artículo 145), en los artículos 140 a 147.

De manera especial, los artículos 140, 142 y 143, en lo que se refiere a las causales de nulidad, oportunidad y trámite y requisitos para alegarlas, nos sirven de marco normativo para el propósito del recurso, sin dejar de advertir, como lo ha sostenido nuestra corte constitucional en sentencia C-491 de noviembre de 1995, noviembre 25, Magistrado Ponente Antonio Barrera Carbonell, “*que en el artículo 29 de la constitución se consagró una causal de nulidad específica, que opera de pleno derecho referente a la prueba obtenida con violación al debido proceso*”. Mas la del artículo 42 del CPTSS, referida esta última, a las actuaciones judiciales en audiencias públicas.

En lo que respecta al artículo 143, “*requisitos para alegar la nulidad*” se sostiene que “*la parte que alegue una nulidad deberá expresar su interés para proponerla, la causal invocada y los hechos en que se fundamenta....*”

En el caso bajo estudio tenemos que el apelante invoca las causales 6º, 8º y 9º que trae el artículo 140, siendo enfático en alegar que debido a los hechos anormales que con ocasión al “PARO NACIONAL AGRARIO”, no tuvo la oportunidad de conocer la orden impartida en el auto de 20 de agosto de 2013, y por ende se deben habilitar los términos de los cuales no pudo hacer uso, porque en los juzgados no se dejaron las anotaciones correspondientes.

Por incidente debe entenderse, como toda controversia de carácter accesoria que sobrevenga durante el trámite del proceso y que tenga alguna incidencia o relación con la cuestión principal debatida. También podemos definirlos como las alteraciones procesales derivadas del planteamiento de cuestiones o problemas durante el trámite del proceso que son diferentes de su objeto, pero que mantienen una relación inmediata con el asunto principal que es base esencial del pleito en que se promueve.

Es así como el legislador quiso dar mayor celeridad al incidente, al consagrar el artículo 2º de la Ley 1149 de 2007 modificadorio del artículo 37 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social que a la letra dice:

“Artículo 37: Proposición y trámites de incidentes. Los incidentes sólo podrán proponerse en la audiencia de conciliación, decisión de excepciones previas, saneamiento y fijación del litigio, a menos que se trate de hechos ocurridos con posterioridad; quien los propone deberá aportar las pruebas en la misma audiencia; se decidirán en la sentencia definitiva, salvo los que por su naturaleza y fines requieren de una decisión previa.”

De lo anterior se concluye que los incidentes que se promuevan fuera de la primera audiencia pública del proceso y de las oportunidades señaladas o autorizadas en la ley del procedimiento, por regla general deberán ser rechazados por extemporaneidad de conformidad con lo ordenado por el artículo 37 del CPTSS y los artículos 100, 136, 143 Y 144 del CPC, aplicables analógicamente al procedimiento del trabajo, pero como la misma norma lo contiene existen algunos hechos que pueden ser constitutivos de nulidad, que por su naturaleza y fines requieren una decisión previa, como sería el caso en el que se argumenta la vulneración al derecho de defensa, debido proceso y contradicción, en la inadmisión de demanda.

(...)

...corresponde a los funcionarios judiciales preservar los principios de legalidad, de preclusión o eventualidad, permitiendo en relación con las partes, asegurar la vigencia de los principios constitucionales de igualdad procesal y seguridad jurídica, ya que al imponerles a éstos la obligación de realizar los actos procesales en un determinado momento, so pena de que precluya su oportunidad, a más de garantizar una debida contradicción, a su vez, permite otorgar certeza sobre el momento en que se consolidará una situación jurídica.

...(...)

MAGISTRADO: Dr JORGE EDUARDO RAMÍREZ AMAYA
PROVIDENCIA: Apelación Sentencia /13 de Marzo de 2014
RADICACION: 2014-016
PROCESO: ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: AMALIA REYES

DEMANDADO: SUCESIÓN DE BLAS CUERVO Y ADELAIDA SILVA DE CUERVO.

DESCRIPTOR- RESTRICTORES

CONTRATO DE TRABAJO/ CONTRATO DE TRABAJO VERBAL/

CONTRATO DE TRABAJO/ CONTRATO A TÉRMINO INDEFINIDO/ LITIS CONSORCIO/

LITIS CONSORCIO/ NECESARIO-FACULTATIVO

TESIS: "...El tema remite a la institución procesal del "litisconsorcio" como figura que nos permite determinar contra quien o cuales son las personas llamadas a responder por las obligaciones que se persiguen en la demanda, aspecto que resulta de trascendental importancia dentro del trascurso del proceso y para el momento en que el juez profiera la providencia que ponga fin al debate jurídico planteado, garantizándose la efectividad de las decisiones que se tomen, sin ningún tropiezo por falta de precisión de quien es o quienes resultan ser los responsables directos de las obligaciones demandadas.

La Corte Suprema de Justicia en sentencia de marzo 14 de 1979, Magistrado ponente Héctor Gómez Uribe, consideró, para dar luces en este sentido sobre establecer la naturaleza del litisconsorcio facultativo, en relación a la filiación y petición de herencia, haciendo la salvedad, que esta orientación se toma, en el sentido de ser el tema del litisconsorcio facultativo, un tema general del derecho, precisando que cuando se demanda al cónyuge sobreviviente y a los herederos del difunto que no existe litisconsorcio necesario si no facultativo, advirtiendo que por esto la sentencia pueda ser condenatoria para unos demandados y absolutoria para otros, en cuanto a los efectos patrimoniales previstos por el artículo 10 de la ley 75 de 1968.

Sostuvo la corte en la oportunidad señalada: *"vese al rompe, por los mismo términos empleados por el legislador de 1968, que cuando, por haber muerto el presunto padre, son demandados su cónyuge y sus herederos, el litisconsorcio pasivo formado por los integrantes de la parte demandada no es de los que se denominan necesarios..."* anotando además **"El litisconsorcio integrado por los demandados, herederos y cónyuge del presunto padre, es, pues indiscutible de los calificados como facultativos por el artículo 50 del Código de Procedimiento Civil"**. *Subrayas y negrilla de la sala.*

En similar dirección las sentencias de 24 de junio de 1999, radicación 11862, casación de 21 de febrero de 2006, radicación 24954 y sentencia de noviembre 2 de 1994, radicación 6810

Hasta aquí podemos tener como conclusión, que en materia de representación de la sucesión, al ser esta representada por todos los herederos es posible entablar la demanda o señalar como demandados a todos o solo uno de ellos, como aquí se puede entender.

Así las cosas y teniendo en cuenta que, obedeciendo al criterio y concepto de ser aceptado como un litisconsorcio facultativo por parte pasiva, el que se ha incoado, al no resultar necesaria, inescindible e indivisible, para proferir resolución de fondo en el tema que nos ocupa, la intervención y acreditación de los citados como demandados, asiste razón al apelante al solicitar se ordene dar curso la admisión de la demanda con el demandado que se acreditó, pues debe además recordarse, que la demanda va dirigida hacia la sucesión del causante BLAS CUERVO, como empleador y no contra cada uno de los citados, por aparte.

Dicho de otra manera, el litisconsorcio facultativo que aquí se avizora, tiene como característica el no impedir la decisión de fondo por la no participación de todos los herederos; la relación entre los demandados puede asimilarse como escindible y divisible, sin perder de vista que, finalmente la parte que puede resultar eventualmente condenada al pago de las obligaciones pretendidas, en principio será la sucesión y solo será a cargo de los herederos si reciben esta sin beneficio de inventario.

En este orden estima la Sala, resulta de recibo la manifestación del demandante, realizada en su escrito sustentatorio obrante a folio 20, al aducir que *"tiene la disposición de demandar a quienes quiera en este caso a los que allego el registro y así lo debe entender el señor Juez"*, bajo el entendido que se refiere al demandado, en su calidad de ser uno de los representantes de la sucesión, pues resulta claro que al tratarse de un litisconsorcio facultativo, como su nombre lo indica bien podía demandar y acreditar la existencia de todos o de uno solo de los herederos como aquí aconteció, resultándole por tanto, al Juez posible garantizar mediante la admisión de la demanda respectiva, el derecho al acceso a la administración de justicia y la primacía de lo sustancial frente a lo formal.

En esa dirección vale acotar que el ordenamiento procesal del trabajo en el artículo 48 dicta que el *"Juez asumirá la dirección del proceso adoptando las medidas necesarias para garantizar el*

respeto de los derechos fundamentales y el equilibrio entre las partes, la agilidad y rapidez en su trámite".³⁶

El artículo 78 trata las circunstancias referidas a la imposibilidad de acompañar la prueba de la existencia o de la representación del demandado, fijando el procedimiento para estos fines, resaltándose que el demandante, podrá afirmar en la demanda que no le es posible acompañar u obtener la prueba de la existencia, representación del demandado o **acreditar la calidad de heredero**, cónyuge, curador de bienes, administrador de comunidad o albacea en que se cita al demandado, casos en los cuales el juez, previo trámite, ordenaría lo correspondiente en aras asegurar esta acreditación.

También resulta al alcance del único demandado acreditado, al responder la demanda, solicitar al juzgador, se cite a los demás herederos conocidos para que comparezcan de igual manera en su calidad de representantes de la sucesión, para hacerse parte en el proceso.

Por lo que sigue, la Sala considera que hay lugar a la revocatoria del auto de octubre 24 de 2013, del Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Tunja, al estimar que existen razones para ello y por lo tanto ordenara procederse por parte del a quo a la admisión de la demanda incoada, absteniéndose de imponer condena en costas de la instancia a la parte recurrente, al no darse las causales de que trata el artículo 392 del C.P.C., modificado por la ley 1395 de 2010.

...(...)

MAGISTRADO: Dr JORGE EDUARDO RAMÍREZ AMAYA
PROVIDENCIA: Apelación Providencia/ 06 de Febrero de 1014
RADICACION: 2013-240
PROCESO: EJECUTIVO
DEMANDANTE: MARÍA DEL TRÁNSITO BONILLA ORTEGÓN
DEMANDADO: ADOLFO QUIROGA SOLANO

DESCRIPTOR- RESTRICTORES

DERECHOS REALES/POSESIÓN/ EMBARGO Y SECUESTRO/

EMBARGO Y SECUESTRO/ DERECHOS REALES PROINDIVISO/

POSESIÓN/ - SUSCEPTIBLE DE CAUTELA DE SECUESTRO

TESIS: ..." El artículo 762 del C.C. define la posesión como "*la tenencia de una cosa determinada con ánimo de señor y dueño el que se da por tal, tenga la cosa por si mismo, o por otra persona que la tenga en el lugar y a nombre de él*".

De acuerdo con la definición anterior, la posesión implica un acto material y voluntario con la cosa sobre la cual se ejerce la posesión, al punto de reputar como dueño al poseedor mientras otra persona no justifique serlo.

La posesión más que revelarse a través de hechos se manifiesta específicamente por medio de actos de carácter jurídico, definidos éstos como la exteriorización de la voluntad directa y reflexivamente encaminada a producir efectos jurídicos.

La posesión es un derecho real, en razón a que ella recae sobre el corpus y del cual es inseparable. Y lo es en razón a que la posesión permite ejecutar derechos como las acciones posesorias y la usucapión que son acciones eminentemente reales.

Siendo la posesión un derecho real que implica en conjunto la existencia de un corpus, el ánimo de señor y dueño exteriorizado a través de comportamientos reiterados y actuales y con efectos jurídicos de protección, la posesión es susceptible de la cautela de secuestro. Para secuestrar la posesión será necesario que la cautela recaiga sobre todos sus elementos y especialmente sobre el corpus. Teniendo secuestrado el corpus se mantiene en el ejecutado el ánimo de poseer hasta tanto la cosa le sea devuelta porque ha pagado el crédito que se le cobra o hasta tanto pase a

³⁶ "Derecho Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social. Colegio de Abogados del Trabajo de Colombia, Editorial Legis, Enero 2014, pág. 139.

manos del rematante, lo cual implica que necesariamente debe existir una entrega corporal o material de la cosa. En este momento se produce por el rematante la adquisición derivada de la posesión, la cual supone la transmisión de la posesión de un sujeto a otro.

Según el tratadista Valencia Zea, Arturo, en su libro la posesión pág. 242, la posesión es tratada de la misma manera que la propiedad y demás derechos reales. Sabido es cómo estos derechos, una vez constituidos a favor de un sujeto determinado, se conservan en los sucesores a título universal o a título singular, sin que se alteren en su contenido.

Ahora bien, la norma que ha suscitado la controversia está consagrada en el artículo 515 del C.P.C. que dispone: “*Secuestro de bienes a registro. El secuestro de bienes sujeto a registro, tanto el previo como el decretado en el proceso, solo se practicará una vez se hayan inscrito el embargo y siempre que en la certificación del registrador aparezca el demandado como propietario...*”

El certificado del registrador no será exigido cuando lo embargado fuere la explotación económica que el demandado tenga en terrenos baldíos o el derecho derivado de posesión sin título en un inmueble de propiedad privada”. (Subrayado fuera de texto)

Al observar la norma en cita encontramos que no está establecida para autorizar o no embargos o secuestros, simplemente está efectuando unas exigencias procedimentales y probatorias para poder consumir el secuestro, esto es: Si se trata de bienes sujetos a registro el secuestro se consumara cuando se haya inscrito, y del certificado del registrador aparezca el demandado como propietario. Si se trata de terrenos baldíos sólo se secuestrará la explotación económica y no se exigirá certificado del registrador porque el titular del dominio es el Estado. Y si se trata de bien inmueble de propiedad privada del cual el demandado no es el titular del derecho de dominio, se secuestrarán los derechos derivados de la posesión sin título, sin exigir el certificado del registrador, sin que ello indique que está prohibiendo el secuestro de los derechos derivados de la posesión sin título sobre bienes sujetos a registro.

Al interpretar la norma del artículo 515 del C.P.C., en concordancia con otras normas del mismo Código de Procedimiento Civil, encontramos:

El artículo 513 *íbidem*, reformado por el Decreto 8222 de 1989 utiliza dos lenguajes para referirse a la misma situación.

Primero, en el inciso primero se dispone: “*Desde que se presente la demanda ejecutiva podrá el demandante pedir el embargo y secuestro de los bienes del demandado*”. Nótese que aquí, la norma no hizo calificación respecto de los derechos que tenga el demandado sobre sus bienes.

Segundo, en el inciso quinto dispuso: “*Simultáneamente con el mandamiento ejecutivo, el juez decretará, si fuere procedentes los embargos y secuestros de los bienes que el ejecutante denuncie como de propiedad del ejecutado...*”. Como se puede observar aquí hizo calificación de los derechos del demandado, es decir, sobre los que ejerza el dominio.

La norma del 513 en su encabezamiento autorizó los embargos y secuestros sobre los bienes del demandado no importando en que consistan éstos, simplemente que sean posibles de realización para el pago correspondiente.

Al haber establecido en el inciso 5º que los bienes a embargar deben ser de propiedad del demandado no estaba exigiendo nada nuevo por las siguientes razones: 1) La propiedad de los bienes del demandado no se prueba con la manifestación simplemente del demandante. 2) El sólo derecho de dominio no es suficiente para impedir el secuestro de la posesión o para pedir su levantamiento. Quien pretende oponerse a un secuestro o pedir su levantamiento deberá alegar siempre posesión al momento de ejecutarse éste. 3) Para el caso de los bienes sujetos a registro, establece que para la práctica se sujetarán a lo dispuesto al artículo 515 del C.P.C., es decir, que esta norma reglamenta lo relativo a los documentos que se deben aportar para la consumación del secuestro. 4) La propiedad se presume en el poseedor, por mandato del artículo 762 del C. C. y 5.) Todos los bienes del deudor constituyen prenda general de acreedores³⁷.

El artículo 665 del C. C. define el derecho real como “*El que tenemos sobre una cosa sin respecto a determinada persona*”, encontrando entre ellos la herencia. El derecho real a voces del tratadista ALFOSNO M. BARRAGAN, “*Es la facultad jurídica, de que una persona es titular, en cuya virtud se le reconoce un poder inmediato, directo y exclusivo total o parcial, sobre una cosa individualizada sin consideración a persona alguna determinada*”³⁸.

Los derechos reales emanan de los modos de adquirir, tales como la accesión, la ocupación, la tradición, la prescripción adquisitiva y la participación de los derechos sucesorales, en tanto que los

³⁷ Tomado de “TRABAJOS SOBRE EL EMBARGO Y LA POSESION” del Dr. HECTOR E. QUIROGA CUBILLOS, de la página web <http://www.icdeco/revista/articulos>.

³⁸ VELASQUEZ Jaramillo Luís Guillermo, Bienes, Editorial Temis, Quinta Edición, p.56

derechos personales se originen en las fuentes de las obligaciones: el negocio jurídico y el hecho ilícito

(...)

MAGISTRADA: Dra FANNY ELIZABETH ROBLES MARTÍNEZ
PROVIDENCIA: Apelación Sentencia / 27 de Febrero de 2014
RADICACION: 2014-001
PROCESO: ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: JOSÉ MAURICIO ROJAS GONZÁLEZ
DEMANDADO: EMCOOP LTDA Y OTROS

DESCRIPTOR- RESTRICTORES

RELACIÓN LABORAL/ TERMINACIÓN CONTRATO- JUSTA CAUSA/

SANCIÓN MORATORIA/INDEMNIZACIÓN/INDEXACION/

TESIS: ...” encuentra la Sala que, de conformidad con el art. 353 del C.Co., la responsabilidad de los entes territoriales socios de la demandada principal es limitada, respondiendo hasta por el monto de sus aportes, en caso de que sus estatutos no dispongan lo contrario; por tanto, como acaeció en el sub examine al ser declarada la relación laboral con EMCOOP LTDA., y consecuentemente condenada al pago de acreencias laborales, sus socios resultan solidariamente responsables y todos o alguno (s) deben responder por esta obligación, de acuerdo a la voluntad del actor, como lo ha consagrado el art. 1571 del CC³⁹.

Para cimentar esta determinación vale la pena traer a colación el análisis realizado en el salvamento de voto presentado por el magistrado GUSTAVO GNNECCO MENDOZA respecto de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral del 28 de abril del 2009, Rad. 29522, por considerarlo ilustrativo:

”En mi opinión, a falta de una regulación expresa sobre el punto en la legislación laboral, a la solidaridad que se establece en los artículos 34 y 36 del Código Sustantivo del Trabajo respecto de las obligaciones laborales, le resultan aplicables, por vía de integración analógica, las normas que en el Código Civil regulan la solidaridad pasiva, principalmente el artículo 1571, en cuanto establece que “el acreedor podrá dirigirse contra todos los deudores solidarios conjuntamente, o contra cualquiera de ellos a su arbitrio, sin que por éste pueda oponérsele el beneficio de la división”.

*Del texto legal arriba transcrito se desprende, en mi sentir, que en aquellos casos en que con el fin de garantizar los intereses del acreedor la ley establezca una solidaridad de los deudores, como acontece con el artículo 36 del estatuto laboral arriba citado, **es claro que aquel puede solicitar el pago de la obligación a cualquiera de los deudores, así no se trate de la persona que adquirió originalmente esa obligación o, como se insinúa en el fallo, el deudor principal, quien, por esa razón, no tiene porqué ser obligatoriamente convocado a un proceso judicial en el que se reclame el cumplimiento de la obligación contraída.***

Como lo ha explicado la Sala Civil de esta Corporación, la solidaridad pasiva de origen legal tiene como primordial característica “...que cada uno de los deudores responde frente al acreedor por la totalidad de la deuda, queda obligado a su pago íntegro, como si se tratara de un solo deudor, y por lo mismo, el acreedor puede reclamar de todos, o de cualquiera de ellos, la satisfacción de la prestación debida” (Sentencia del 21 de enero de 2005. Expediente 54001310300419950160-01).

Entender los efectos jurídicos de la solidaridad de otra forma equivale a desnaturalizarla y restarle eficacia al objetivo claramente protector que tuvo el legislador al establecerla como garantía de los derechos laborales de los trabajadores que laboran para un contratista independiente y en el caso de los socios en los términos del artículo 36 del estatuto sustantivo.

... (Subrayado y negrilla de la Sala).

...(...)

³⁹ “El acreedor podrá dirigirse contra todos los deudores solidarios conjuntamente, o contra cualquiera de ellos a su arbitrio, sin que por éste pueda oponérsele el beneficio de división.”

El a quo, con fundamento en el contrato de trabajo escrito, dispuso que la relación laboral finalizó el 31 de marzo de 2007 pues no encontró demostrado que después de esa data el actor haya seguido prestando servicios en virtud del contrato verbal que se alega.

Alega el recurrente que desde el 1º de abril y hasta el mes de junio del 2007 el señor ROJAS GONZALEZ continuó trabajando mediante contrato verbal con EMCOOP LTDA. Confirmará la Sala dicha decisión porque del recaudo probatorio se infiere que no fue así sino que, por el contrario, en realidad el vínculo laboral finiquitó el 31 de marzo del 2007, tal como lo dispuso el a quo.

Si bien GLORIA ESPERANZA VARGAS SANCHEZ declaró que cree que el demandante trabajó “como hasta finales del 2007”, mientras MIGUEL ANGEL RIVERA PARRA señaló que entiende que esta situación se presentó “hasta el año 2008 o 2009, sin tener exactitud sobre la fecha real”⁴⁰, dicha prueba testimonial es ambigua, no precisa una fecha o por lo menos un mes; en el caso del señor Rivera ni siquiera coincide el año con el dicho del actor, y si bien la señora Vargas menciona una época del año, ésta dista de la indicada por el recurrente, (junio de 2007) sin que se pueda establecer un término relativamente aproximado acerca de la prestación del servicio, de acuerdo a lo expuesto por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia⁴¹. Sus relatos no revisten la certeza necesaria para endilgarles el valor probatorio suficiente que desvirtúe la decisión de primera instancia frente a este aspecto, amén de que la documental obrante en el plenario (que no fue controvertida por la parte demandante), como los comprobantes de egreso correspondientes a los salarios y prestaciones sociales pagados al accionante durante el transcurso del vínculo laboral, tienen como fecha límite el 26 de abril de 2007⁴²; el estado de cuenta del actor indica en su parte superior derecha que su fecha de retiro fue el “12/02/2007”⁴³, al igual que el informe tributario detallado del período de enero a diciembre del 2007⁴⁴.

Así entonces, no prospera el ataque en relación a este inconformismo, no sin antes recordar que en este aspecto la carga de la prueba corresponde al actor, como lo ha reiterado con insistencia en múltiples ocasiones la Sala al citar los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia, que sobre el particular disponen:

“Más sin embargo, lo dicho no significa que el demandante quede relevado de otras cargas probatorias, y que con la presunción de que trata el citado artículo 24 del C. S. de T. nada más tiene que probar, pues además de corresponderle al trabajador la prueba del hecho en que esa presunción se funda, esto es, la actividad o prestación personal del servicio, con lo que se estable que ese trabajo fue dependiente o subordinado, mientras la contraparte no demuestre lo contrario, **también al promotor del proceso le atañe acreditar otros supuestos relevantes dentro de esta clase de reclamación de derechos, como por ejemplo el extremo temporal de la relación,** el monto del salario, su jornada laboral, el trabajo en tiempo suplementario si lo alega, el hecho del despido cuando se demanda la indemnización de la terminación del vínculo, entre otros.”⁴⁵ (Subrayado y negrilla de la Sala).

Indemnización moratoria.

Acerca de la fecha en que empieza a correr esta sanción, es evidente que el sentenciador de primer grado incurrió en un error al haberla señalado a partir del 1º de junio de 2007 siendo que fijó como fecha de terminación del contrato el 31 de marzo del 2007. Por tanto, se debe modificar el numeral 4º de la sentencia confutada, en el sentido de tener como fecha de inicio de la indemnización moratoria que contempla el art. 65 del CST, el día 1º de abril de la citada anualidad.

Indemnización por la terminación del contrato sin justa.

No se observa yerro alguno por parte del a quo que haga necesario tasar la indemnización, como se pide en el recurso. El juez de primera instancia indicó dentro de sus consideraciones que no estaba acreditada la terminación del contrato sin justa causa y que por ende no procedía la indemnización y, en efecto, al liquidar los derechos a reconocer no incluyó ningún valor por dicho concepto ni dispuso su pago en la resolutive. Solo se aprecia que, al concluir el capítulo denominado “de las acreencias laborales” impropia mente manifestó que condenaba a la demandada al pago de una suma de dinero que alló determinó, por “concepto de excedentes de salarios no pagados en tiempo, prestaciones e indemnización por despido injusto” error meramente de redacción pues, como ya se dijo, las consideraciones dejaron claro que no se reconocía esta pretensión y, efectivamente, no fue liquidada.

En esta medida se niega la súplica concerniente a este tema.

Pago de los aportes en salud y riesgos profesionales.

⁴⁰ Folios 365-369.

⁴¹ Sala de Casación Laboral. Expediente No. 25580, 22 de marzo de 2006. M.P. Dr. EDUARDO LOPEZ VILLEGAS.

⁴² Folios 20-47, 64-72 y 45-57.

⁴³ Folio 151.

⁴⁴ Folio 175-177.

⁴⁵ Sentencia del 05 de agosto de 2009, M.P. Dr. LUIS JAVIER OSORIO LOPEZ.

De acuerdo al certificado emanado de la EPS SALUDCOOP⁴⁶ se advierte que el señor JOSE MAURICIO ROJAS GONZALEZ estuvo afiliado a dicha a esa entidad teniendo como su empleador a EMCOOP LTDA. para el lapso comprendido desde el 24 de julio del 2006 al 02 de febrero del 2007 sin que se establezca mora en el pago de los aportes.

En lo atinente al pago de los aportes a riesgos profesionales se reitera lo expuesto por la primera instancia, es decir, que no se probó dentro del plenario que el demandante hubiera sufrido alguna enfermedad o accidente con ocasión del trabajo que desarrollaba para en sentencia del 22 de enero de 1999, Rad. No.11262, M.P. Dr. RAFAEL MENDEZ ARANGO, LTDA. y que deba ser asumido por ésta.

En lo referido a que se disponga el pago de los aportes no cancelados, a favor del FOSYGA, no puede la sala acceder a lo pedido en razón a que corresponde a un trámite netamente administrativo entre la Administradora y el empleador, de acuerdo a lo prescrito en el art. 7º de la Ley 1562 de 2012⁴⁷.

Por lo anterior, se niega este punto de apelación.

Aportes a caja de compensación familiar.

Solicita el impugnante que se ordene el pago de los aportes no realizados por la sociedad demandada a su poderdante, por la imposibilidad que tuvo éste de disfrutar de los beneficios que otorgan las Cajas de Compensación Familiar y que no se traducen solamente en el pago del subsidio. No obstante, tras un breve análisis acerca de la naturaleza fiscal de los recursos destinados por los empleadores a las Cajas de Compensación Familiar la Corte Constitucional concluyó que:

“Se advierte claramente que los recursos de las Cajas no son propiedad privada (artículo 58 de la Carta) del empleador ni de los trabajadores en particular sino del sector de los trabajadores remunerados. No es pues un derecho subjetivo de las personas sino del sector en su conjunto.

Son pues recursos afectados a una particular destinación de interés general. Sus destinatarios, por disposición de la ley, deben reunir dos requisitos: que se trate de un trabajador y que dicho trabajador devengue menos de cuatro salarios mínimos.”⁴⁸

De allí que colija esta judicatura que los aportes que son de orden parafiscal y se destinan para atender una prestación social, tienen un intereses general y son un derecho de los trabajadores remunerados en conjunto y no subjetivos de cada uno de ellos⁴⁹, motivos por los cuales no es posible su pago al trabajador. De otra parte, el que se entregaran al trabajador no hace posible que se retrotraiga el tiempo para que éste disfrute de los beneficios tales como acceder a los centros de recreación, educación y cultura, entre otros, como lo solicita el impugnante. Considera la Sala, haciendo un cotejo con lo que establece la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema respecto de las dotaciones, que también en este caso lo procedente era el pago de los perjuicios ocasionados al actor al no haber podido acceder al subsidio en especie pero, obviamente, dichos

⁴⁶ Folio 317.

⁴⁷ “Efectos por el no pago de aportes al Sistema General de Riesgos Laborales. La mora en el pago de aportes al Sistema General de Riesgos Laborales durante la vigencia de la relación laboral y del contrato de prestación de servicios, no genera la desafiliación automática de los afiliados trabajadores.

En el evento en que el empleador y/o contratista se encuentre en mora de efectuar sus aportes al Sistema General de Riesgos Laborales, será responsable de los gastos en que incurra la Entidad Administradora de Riesgos Laborales por causa de las prestaciones asistenciales otorgadas, así como del pago de los aportes en mora con sus respectivos intereses y el pago de las prestaciones económicas a que hubiere lugar.

La liquidación, debidamente soportada, que realicen las Entidades Administradoras de Riesgos Laborales por concepto de Prestaciones otorgadas, cotizaciones adeudadas e intereses por mora, prestará mérito ejecutivo.

Se entiende que la empresa afiliada está en mora cuando no ha cumplido con su obligación de pagar los aportes correspondientes dentro del término estipulado en las normas legales vigentes. Para tal efecto, la Entidad Administradora de Riesgos Laborales respectiva, deberá enviar a la última dirección conocida de la empresa o del contratista afiliado una comunicación por correo certificado en un plazo no mayor a un (1) mes después del no pago de los aportes. La comunicación constituirá a la empresa o contratista afiliado en mora. Copia de esta comunicación deberá enviarse al representante de los Trabajadores en Comité Paritario de Salud Ocupacional (COPASO).

Si pasados dos (2) meses desde la fecha de registro de la comunicación continúa la mora, la Administradora de Riesgos Laborales dará aviso a la Empresa y a la Dirección Territorial correspondiente del Ministerio del Trabajo para los efectos pertinentes.

La administradora deberá llevar el consecutivo de registro de radicación de los anteriores avisos, así mismo la empresa reportada en mora no podrá presentarse a procesos de contratación estatal.”

⁴⁸ Sentencia C-575 de 1992, M.P. Dr. ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO.

⁴⁹ Sentencia T-223-98, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, en la que en uno de sus acápites se señaló: “...puede colegirse que el derecho a recibir el subsidio familiar, que ha sido reconocido como una derivación prestacional del derecho a la seguridad social, puede ser reclamado por vía de tutela cuando el afectado es un menor de edad, pues la Constitución lo eleva en estos casos a la categoría de derecho fundamental”.

perjuicios debieron ser demostrados y tasados, lo cual no ocurrió. No prospera en este asunto el ataque.

Sanción moratoria.

Como quiera que el a quo no efectuó análisis alguno respecto a la sanción consagrada en el art. 99 de la Ley 50 de 1990, sino que, como lo aduce el apelante, unió esta petición en un solo acápite a los conceptos referentes a la indemnización moratoria y la indexación, que son pretensiones totalmente distintas, amén de que ni siquiera efectuó análisis jurídico alguno acerca de la procedencia de la sanción en cita, se determinará su procedencia.

Así pues, atendiendo a la decisión del operador de justicia, se estableció la omisión en el pago de las cesantías por parte de la Cooperativa demandada, situación fáctica de la que se infiere que no le fueron consignadas al F.N.A., habiendo puesto en conocimiento del demandado mediante memorial de fecha 10 de abril del 2006 visible a folio 12, que en ese momento se encontraba afiliado a ese fondo. Así se infringió lo preceptuado en el numeral 3º de la aludida norma que ordena a los empleadores efectuar la consignación de aquella prestación antes del 15 de febrero del año siguiente a su causación en una cuenta individual a nombre del trabajador; por ello y por incurrir en el incumplimiento que en forma clara y precisa dispone la norma, deberá condenarse a EMCOOP LTDA. al pago de un día de salario por cada día de retardo desde el 15 de febrero de 2007 al 31 de marzo del mismo año, cuando terminó la relación laboral. Ello arroja una cuantía de \$1.955.736, teniendo como salario el fijado en la primera instancia (\$1.275.480).

Esta conclusión se cimenta en los pronunciamientos desarrollados por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia bajo los siguientes postulados:

“El auxilio de cesantía como su nombre lo indica, es un ahorro obligatorio instituido por la ley que se capitaliza a favor del trabajador para servirle de soporte por algún tiempo, una vez terminado el contrato de trabajo en que se origina, dado lo cual constituye una sola prestación. El hecho de que la Ley 50 haya autorizado su cancelación anual definitiva durante la vigencia del contrato, no desnaturaliza su unidad, pues se trata de pagos parciales de una misma prestación.

“En ese orden de ideas, la falta de consignación de una anualidad, origina la mora hasta el momento en que ocurra la satisfacción de esa parte de la prestación, aun cuando las anualidades posteriores sean debidamente depositadas en el fondo. Si se incumple la consignación de varias anualidades, la indemnización se causa desde la insatisfacción de la primera consignación con la base salarial que debió tomarse para calcular la cesantía dejada de consignar, pero cuando el patrono incumpla por segunda vez con la obligación de hacer el depósito de la respectiva anualidad, el monto de la sanción seguirá causándose con base en el salario vigente en el año en que se causó la cesantía dejada de depositar, y así sucesivamente, hasta cuando se consigne la anualidad o anualidades adeudadas o se le cancele el auxilio de cesantía directamente al trabajador en razón de la terminación del contrato de trabajo.

“Siendo así, es claro que el Tribunal interpretó erradamente el ordinal tercero del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 al condenar a la empresa a pagar una sanción independiente y concomitante por cada anualidad en la que aquella omitió efectuar la consignación de la cesantía.”⁵⁰.

Indemnización e indexación.

Como quiera que el a quo impuso la sanción moratoria consagrada en el art. 65 del CST no concedió la indexación, decisión que no se advierte errada.

Jurisprudencialmente y de manera pacífica y reiterada, se ha sostenido que la indemnización moratoria que consagra el art. 65 del CST, modificada por el art. 29 Ley 789 de 2002, no es compatible con la indexación, siendo imposible acceder a las dos pretensiones, en virtud a que la primera compensa los perjuicios ocasionados por la mora del empleador que no paga los salarios y prestaciones sociales debidos a su trabajador al momento de terminar el contrato de trabajo, entre los que se encuentra la pérdida del poder adquisitivo de la moneda que resarciría la indexación. Así lo ha explicado la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral en sentencia del 06 de septiembre de 1995, radicación No. L-7623-95, con ponencia del Dr. HUGO SUESCÚN PUJOLS⁵¹, que en uno de sus acápites precisa:

“La sanción que el citado precepto impone al empleador que, sin excusa de buena fe, deja de pagar a la terminación del contrato de trabajo los salarios y prestaciones que adeuda, es una garantía específica para los asalariados consagrada por el legislador en desarrollo de los principios protectores del trabajo humano. Y fue precisamente la

⁵⁰ Sentencia del 11 de julio de 2000, Rad. 13467. M.P. Dr. CARLOS ISAAC NADER.

⁵¹ En el mismo sentido se ha pronunciado la Corte Constitucional en reiterada jurisprudencia, como en la sentencia C-781 de 2003, M.P. Dra. CLARA INES VARGAS HERNANDEZ.

existencia de múltiples casos en que no obstante haber pagado tardíamente y desvalorizadas las obligaciones laborales a su cargo, los empleadores debían judicialmente absueltos de la indemnización por mora del artículo 65 del C.S.T., lo que obligó a la Sala a reconocer para esos eventos la corrección monetaria como forma de compensar la pérdida del poder adquisitivo de nuestra moneda y evitar así un empobrecimiento injusto de los trabajadores. Ello explica las decisiones de esta Corporación en las cuales precisó que cuando se impone judicialmente la sanción establecida por el artículo 65 del C.S.T. no hay lugar a la indexación de los créditos laborales que fundamenten esa condena, pues en tal evento aquella sanción, específica de la ley laboral y normalmente más favorable para el trabajador, le compensa los perjuicios sufridos como consecuencia de la mora del empleador renuente a pagar a la finalización de la relación laboral los salarios y prestaciones a su cargo.”

Jurisprudencia que desvirtúa el argumento del impugnante por lo que fracasa también este punto.

Bonificación y devolución retención del 10%.

Se afirma que en el contrato de trabajo se pactó el reconocimiento de una bonificación por los contratos obtenidos por la gestión del demandante y que está probado con las cuentas de cobro que presentó el actor y que la entidad no tachó de falsas. El quo negó esta pretensión por no encontrar que éste haya tramitado los contratos referidos. Se requiere a esta instancia que revise las cuentas de cobro radicadas por el actor en EMCOOP LTDA. El 15 de febrero y 14 de junio de 2007, las que se encuentran visibles a folios 14, 15 y 48, respectivamente. No obstante, la existencia de dichas cuentas de cobro, recibidas por la demandada, no acredita que el actor hubiere realizado las gestiones necesarias para la suscripción de los contratos Nos. 02 de 2006, 2062396 de 06 de diciembre de 2006 y 004 de 27 de abril de 2007⁵², génesis del pago de la bonificación del 0.5%, que establece el literal a) del parágrafo de la cláusula del contrato de trabajo suscrito por las partes⁵³. No puede aceptarse que se tenga como probado el hecho porque no se tacharon de falsas las cuentas, cuando lo cierto es que, como claramente se ha determinado por la jurisprudencia, la tacha que da origen al incidente respectivo es la relacionada con el aspecto material del documento y no la que pretende desconocer su contenido. Y si bien la señora Vargas informó que el actor era el encargado de gestionar contratos en el Tolima y el señor Parra indica que se trataba de 0.5% del “capital bruto de contrato conseguido para entidad patronal” se observa que ésta cláusula está tachada en el contrato y no coincide con lo señalado por éste último testigo en tanto desglosa el salario en tres ítems, a saber: una suma fija de dinero, el 0.5% sobre el valor total de lo bruto (sic) del contrato conseguido y el 0.5% como prima de éxito sobre el valor de utilidad que la empresa obtuviera por el desarrollo del objeto y sobre la contratación”, lo que, en vez de dejar certeza sobre la existencia de la bonificación genera mas duda sobre la forma como se retribuía al actor.

Los fundamentos que preceden se aplican exactamente para resolver el pedimento de la devolución de la retención del 10%, pues no se probó que se haya efectuado al salario del extrabajador hoy demandante, y si bien es cierto que las afirmaciones indefinidas no son objeto de prueba, también lo es que en este caso no se trata de una afirmación tal pues fue el actor quien afirmó el hecho positivo, esto es, la realización del descuento cuya devolución pide y que le correspondía acreditar y no lo hizo.

...(...)

MAGISTRADA: Dra FANNY ELIZABETH ROBLES MARTÍNEZ

PROVIDENCIA: Apelación Providencia / 10 de Abril de 2014

RADICACION: 2014-096

PROCESO: EJECUTIVO

DEMANDANTE: LUIS GUILLERMO GARNICA MEDINA

DEMANDADO: LA NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO

DESCRIPTOR-RESTRICTORES:

TITULO EJECUTIVO/ REQUISITOS/ CLARO-EXPRESO-EXIGIBLE

CESANTÍAS/LIQUIDACIÓN-MORA EN EL PAGO/

INDEMNIZACIÓN MORATORIA/ SANCIÓN A CARGO DEL EMPLEADOR

⁵² Correspondientes a las obras de ampliación de remodelación Área de Urgencias del Hospital San Juan Bautista E.S.E. Chaparral, construcción de la I.E. Santiago Pérez en el municipio de Ataco, obras de infraestructura en algunas I.E. del municipio de Chaparral

⁵³ Folios 7-10.

TESIS: ...”vale la pena aclarar que, en este caso se ejecuta no la obligación contenida en la resolución que reconoce cesantías sino la generada por la mora en el pago de aquella, en virtud de la ley 244 de 1995 que señala:

1º.- Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de la liquidación de las Cesantías Definitivas, por parte de los servidores públicos de todos los órdenes, la entidad patronal deberá expedir la Resolución correspondiente, si reúne todos los requisitos determinados en la Ley.

Parágrafo.- En caso de que la entidad observe que la solicitud está incompleta, deberá informárselo al peticionario dentro de los diez (10) días hábiles siguientes al recibo de la solicitud, señalándole expresamente qué requisitos le hacen falta anexar.

Una vez aportados los requisitos faltantes, la solicitud deberá ser resuelta en los términos señalados en el inciso primero de este artículo.

Artículo 2º.- La entidad pública pagadora tendrá un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir de la fecha de la cual quede en firme el acto administrativo que ordena la liquidación de las Cesantías Definitivas del servidor público, para cancelar esta prestación social.

Parágrafo.- En caso de mora en el pago de las cesantías de los servidores públicos, la entidad obligada reconocerá y cancelará de sus propios recursos, al beneficiario, un día de salario por cada día de retardo hasta que se haga efectivo el pago de las mismas, para lo cual solo bastará acreditar la no cancelación dentro del término previsto en este artículo. Sin embargo, la entidad podrá repetir contra el funcionario, cuando se demuestre que la mora en el pago se produjo por culpa imputable a éste.

Disposición que fue modificada por la ley 1071 de 2006, que en su art. 5º estableció:

MORA EN EL PAGO. La entidad pública pagadora tendrá un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir del cual quede en firme el acto administrativo que ordena la liquidación de las cesantías definitivas o parciales del servidor público, para cancelar esta prestación social, sin perjuicio de lo establecido para el Fondo Nacional de Ahorro.

PARÁGRAFO. En caso de mora en el pago de las cesantías definitivas o parciales de los servidores públicos, la entidad obligada reconocerá y cancelará de sus propios recursos, al beneficiario, un día de salario por cada día de retardo hasta que se haga efectivo el pago de las mismas, para lo cual solo bastará acreditar la no cancelación dentro del término previsto en este artículo. Sin embargo, la entidad podrá repetir contra el funcionario, cuando se demuestre que la mora en el pago se produjo por culpa imputable a este.

La normativa dispone que la entidad empleadora deberá expedir la resolución correspondiente, dentro de los 15 días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de liquidación de las cesantías definitivas o parciales, si reúne todos los requisitos determinados en la ley; posteriormente, cuenta con 45 días hábiles para pagar, a partir de la firmeza del acto administrativo, es decir cuando no se interpongan recursos contra el mismo, cuando se renuncie expresamente a ellos, o cuando interpuestos se hayan decidido, conforme lo dispone el art. 62 del C.C.A., término al que debe sumársele el de la ejecutoria del acto administrativo, que corresponde a 5 días hábiles. Periodo que en total suma 65 días hábiles.

Ahora, para demandar el pago de los intereses se deben acompañar los documentos que presten mérito ejecutivo; al respecto cabe señalar que las obligaciones ejecutables, según el artículo 100 del CPTSS y la ley procesal civil artículo 488, requieren de la aportación de los documentos que acrediten los requisitos formales y sustanciales previstos por el legislador.

En lo que atañe a los requisitos formales, se hace necesario que se trate de un documento o documentos auténticos que conformen unidad jurídica; que emanen de actos o contratos del deudor o de su causante (títulos contractuales), o de una sentencia de condena proferida por el juez (títulos judiciales), etc.

Sobre los requisitos sustanciales del título ejecutivo, ha señalado el Consejo de Estado, Sección Tercera, en sentencia del 30 de agosto de 2007, Rad. No. 08001-23-31-000-2003-0982-01, Consejero ponente Dr. RAMIRO SAAVEDRA BECERRA, lo siguiente:

“(…) El proceso ejecutivo es un medio coercitivo que tiene por objeto que el demandante haga efectivo un derecho subjetivo y, para su prosperidad, debe acreditar la existencia de una obligación clara, expresa y exigible, contenida en un título ejecutivo.

La ley exige que se satisfagan varios requisitos para que las obligaciones puedan ser susceptibles de ejecución. Entre ellos están los formales, relativos a que los documentos conformen una unidad jurídica y que provengan del deudor; además están los requisitos

sustanciales según los cuales es necesario que los documentos que conforman el título ejecutivo contengan obligaciones claras, expresas y exigibles.

Estos últimos requisitos exigidos por la ley, los sustanciales, se entienden cumplidos cuando la obligación que se pretende cobrar aparezca a favor del ejecutante, esté contenida en el documento en forma nítida sin lugar a elucubraciones, esté determinada y no esté pendiente de plazo o de condición.

En efecto, la Sala⁵⁴ ha explicado en anteriores oportunidades el alcance de los requisitos sustanciales, así:

- **La obligación es expresa** cuando surge manifiesta de la redacción misma del documento, en el cual debe aparecer el crédito - deuda en forma nítida, es decir, que la obligación esté declarada de forma expresa sin que haya lugar a acudir a elucubraciones o suposiciones;
- **La obligación es clara** cuando está determinada de forma fácil e inteligible en el documento o documentos y en sólo un sentido; y
- **La obligación es exigible** cuando su cumplimiento no está sujeto a plazo o a condición, es decir, ante la existencia de plazo o condición, la obligación se torna exigible cuando el término para su cumplimiento ya venció o cuando la condición ya acaeció.

El título ejecutivo será entonces la plena prueba contra el ejecutado de la existencia de una obligación clara, expresa y exigible, cuando en él se configuren los requisitos formales y sustanciales (...)."

Teniendo en cuenta los requisitos señalados, los documentos base de la ejecución pueden plasmarse en uno solo o en varios documentos y, en este último caso, el título es de carácter complejo o compuesto, porque la unidad del título no es física sino jurídica, que representen la voluntad de las partes para satisfacer una obligación o un derecho cierto e indiscutible, que faculta al acreedor para dirigirse al Estado a fin de que, empleando los medios legales, se haga efectivo el cumplimiento de la obligación reconocida o declarada.

Situándonos en el caso en concreto, tenemos que al demandante se le reconoció la cesantía definitiva como docente nacionalizado, mediante Resolución No. 0454 del 4 de Abril de 2008 por valor de \$64.579.271. Que solicitó revisión de la mencionada resolución, por cuanto no se tuvo en cuenta para la correspondiente liquidación el factor salarial o prima de servicio 20% cuyo pago fue obtenido en proceso ejecutivo adelantado ante el juzgado 4º laboral de este circuito. Como consecuencia de lo anterior, se expidió la resolución No. 004962 por la cual se modifica la base de liquidación reconocida en la citada resolución 0454 incluyendo el factor salarial del 20%, que es la que presenta el demandante como título base de ejecución.

Cabe señalar, en primer lugar, que mediante la Resolución 0454 de 2008 se le reconoció la Cesantía definitiva al aquí demandante la cual fue cancelada y que mediante la Resolución 004962 lo que se hace es una modificación a liquidación de la misma al incluir un nuevo factor salarial. Es decir que el reconocimiento de la Cesantía se hizo con la primera Resolución.

Ahora, la sanción moratoria regulada en la ley 244 de 1995, fue establecida para castigar la mora en el pago de las cesantías de los servidores públicos, con un fin proteccionista, como lo señala el Consejo de Estado, al referirse a la finalidad de la sanción moratoria de la ley 244 de 1995:⁵⁵

*"(...) Como se observa, la indemnización moratoria de que trata la Ley 244 de 1995 es una sanción a cargo del empleador moroso y a favor del trabajador, **establecida con el propósito de resarcir los daños que se causan a este último con el incumplimiento en el pago de la liquidación definitiva del auxilio de cesantía en los términos de la mencionada ley.***

El espíritu de la comentada disposición es proteger el derecho de los servidores públicos que se retiran del servicio a percibir oportunamente la liquidación definitiva de sus cesantías. En tal sentido, estableció el procedimiento para su reconocimiento y pago, consagrando, entre otros asuntos, una sanción a cargo de la Administración y a favor del trabajador, correspondiente a un día de salario por

⁵⁴ Providencias que dictó la Sección Tercera: 27 de marzo de 2003. Exp: 22.900. Ejecutante: Bojanini Safdie & Cía. en C.. Consejera Ponente: Dra. María Elena Giraldo Gómez; 10 de abril de 2003. Exp: 23.589. Ejecutante: Departamento de Casanare. Consejera Ponente: Dra. María Elena Giraldo Gómez; 2 de octubre de 2003. Exp: 24.020. Ejecutante: Marcos Moriano. Consejera Ponente: Dra. María Elena Giraldo Gómez; 17 de febrero de 2005. Exp: 25.860. Consejero Ponente: Dr. Ramiro Saavedra Becerra.

⁵⁵ Radicado 73001-23-31-000-2004-01302-02(1872-07), Consejero Ponente GERARDO ARENAS MONSALVE.

cada día de retardo, en caso de constituirse retardo en el pago definitivo de la referida prestación.

La sanción moratoria se contabiliza a partir de la firmeza del acto administrativo que ordena la liquidación de las cesantías definitivas, vale decir, cuando no se interpongan recursos contra el mismo, cuando se renuncie expresamente a ellos o cuando los recursos interpuestos se hayan decidido (art. 62 del C.C.A.).

En los eventos en que la administración no se pronuncie o se pronuncie tardíamente frente a la solicitud del pago del auxilio de cesantía, dicha situación, salvo los casos previstos por la ley para su retención, no la exime de la sanción moratoria correspondiente a un día de salario por cada día de retraso...

En conclusión, cuando la entidad no se pronuncie frente a la solicitud de reconocimiento y pago de las cesantías definitivas, el término para el cálculo de la indemnización moratoria comenzará a computarse a partir del día siguiente a los sesenta y cinco (65) días hábiles posteriores a la radicación de la petición de cesantías definitivas que obviamente debe ser posterior al retiro"

Por lo que se concluye que, al haber realizado el pago de las cesantías, no procede la indemnización moratoria por el no pago oportuno de su reliquidación, como lo pretende en este caso el actor, porque no se vulneró ningún derecho del ex trabajador, que es lo que, en definitiva, se busca proteger con la imposición de la aludida sanción.

(...)

MAGISTRADA: Dra MARÍA ISBELIA FONSECA GONZÁLEZ
PROVIDENCIA: Apelación Providencia /12 de Mayo de 2014
RADICACION: 2014-065
PROCESO: ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: JAIME ENRIQUE VARGAS MORALES
DEMANDADO: MUNICIPIO DE SANTA MARÍA

DESCRIPTOR-RESTRICTORES

CONTRATO DE TRABAJO/ CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS/-ELEMENTOS-

RELACIÓN LABORAL/ INDEPENDIENTE-SUBORDINADA

PRESTACIONES SOCIALES/ LIQUIDACIÓN / INDEMNIZACIÓN MORATORIA/

TESIS: ...” hay que señalar que el *contrato de trabajo* se define como 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.

De acuerdo con el artículo 23 del C.S.T., subrogado por el artículo 1º de la Ley 50 de 1990 son de requisitos del contrato de trabajo los siguientes: **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; y **c.** Un salario como retribución del servicio.

Igualmente, el artículo 24 del C.S.T. 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 el supuesto sobre el cual descansa la presunción en este caso 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 los efectos laborales.

Ahora, el **contrato de prestación de servicios** es un contrato estatal que celebran las entidades para desarrollar actividades relacionadas con su administración o funcionamiento, y sólo podrá celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados. En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable. Así esta modalidad contractual se caracteriza porque: **a.** La prestación de servicios versa sobre una obligación de hacer para la ejecución de labores en razón de la experiencia, capacitación y formación profesional de una persona en determinada materia, respecto de la cual se acuerdan las labores

profesionales; **b.** La autonomía e independencia del contratista desde el punto de vista técnico y científico, constituye el elemento esencial de este contrato; **c.** La vigencia del contrato es temporal, esto es por el tiempo indispensable para ejecutar el objeto contractual convenido; **d.** No admite confusión alguna con otras formas contractuales y menos con el contrato de trabajo; razón por la cual no es procedente el reconocimiento de los derechos derivados de la prestación de servicios subordinada propia de este último contrato y es claro que si se acreditan los presupuestos de éste, surgirá entonces el derecho al pago de las prestaciones sociales en favor del contratista, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas de las relaciones de trabajo.

Lo anterior, muestra que los elementos del contrato de trabajo pretendido en juicio y los del contrato de prestación de servicios, revisten singularidades propias y disímiles, que los hacen inconfundibles tanto para los fines perseguidos como por la naturaleza y objeto de los mismos. Pues, como se anotó *el elemento de subordinación o dependencia* es el que diferencia el contrato laboral frente a otras modalidades contractuales como el de prestación de servicios; pues, en el plano legal debe entenderse que quien celebra un contrato de esta naturaleza, solo puede tener la calidad de contratista independiente sin derecho a prestaciones sociales, a contrario sensu, en caso que se acredite la prestación de servicio subordinado o dependiente lo cual faculta al contratante para impartir órdenes a quien presta el servicio con respecto a la ejecución de la labor contratada, como la fijación de horario de trabajo, claramente se tipifica el contrato de trabajo con derecho al pago de prestaciones sociales, aunque se le haya dado la denominación de un contrato de prestación de servicios independiente.

De otra parte, la Constitución Política de 1991 en el art. 311 establece el marco general de las funciones municipales, indicando que al municipio como entidad fundamental de la división político-administrativa del Estado le corresponde entre otras funciones construir las obras que demande el progreso social y ordenar el desarrollo de su territorio.

Adicionalmente la Ley 136 de 1994 en su art. 3º, modificado por la Ley 1551 de 2012, fija las funciones de los municipios, señalando entre otras que corresponde al Ente Territorial "*Promover el desarrollo de su territorio y construir las obras que demande el progreso municipal*", agrega la misma fuente normativa que "*en materia de vías, los municipios tendrán a su cargo la construcción y mantenimiento de vías urbanas y rurales del rango municipal*".

...(...)

el Código Sustantivo del Trabajo regula las relaciones de derecho individual del trabajo de carácter particular, mientras que los vínculos de los trabajadores oficiales están regidos por los estatutos especiales y solo las disposiciones de derecho colectivo contenidas en el Estatuto del Trabajo le son aplicables a los trabajadores oficiales.

El artículo 52 del decreto 2127 de 1945, subrogado por el artículo 1º del D. L. 797 de 1949, determina que salvo estipulación expresa en contrario, no se considerará terminado el contrato de trabajo antes de que el patrono ponga a disposición del trabajador el valor de todos los salarios, prestaciones e indemnizaciones que le adeude, salvo las retenciones autorizadas por la Ley o la convención. Si no hubiere acuerdo respecto del monto de tal deuda, bastará que el patrono consigne ante un juez o ante la primera autoridad política del lugar, la cesantía que confiese deber, mientras la justicia del trabajo decide la controversia. Señala la norma en comentario, que los contratos de trabajo entre el Estado y sus servidores, se considerarán suspendidos hasta por el término de 90 días, a partir de la fecha en que se haga efectivo el despido o el retiro del trabajador.

Lo anterior indica el contrato de trabajo se suspende por 90 días para que la Administración pague los salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones adeudadas al trabajador y en caso de no efectuarse el pago correspondiente se generará la indemnización moratoria a favor del trabajador.

...(...)

Mediante el Decreto 1919 del 27 de agosto de 2002, el Gobierno Nacional estableció que a partir de su vigencia el régimen de prestaciones mínimas aplicable a los trabajadores oficiales vinculados a las entidades territoriales es, el consagrado para los empleados públicos de la Rama Ejecutiva del Orden Nacional.

El Decreto 1045 del 17 de junio de 1978 contempla el régimen de prestacional de los servidores públicos del orden nacional, sin establecer como prestación social la prima de servicios. Esta acreencia según el artículo 42 del Decreto 1042 del 7 de junio de 1978 constituye factor salarial. Posición reiterada por la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral en sentencia 43634 de 2012⁵⁶

...(...)

⁵⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, Sentencia 43634 del 25 de septiembre de 2012, MP Francisco Javier Ricaurte.

MAGISTRADA: Dra MARÍA ISBELIA FONSECA GONZÁLEZ
PROVIDENCIA: Apelación Sentencia / 04 de Julio de 2014
RADICACION: 2014-191
PROCESO: ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: MARTHA LUCIA FAUSTINO CASTILLO
DEMANDADO: FONDO NACIONAL DEL AHORRO Y OTROS

DESCRIPTOR- RESTRICTORES

CONTRATO DE TRABAJO/ CONTRATO DE OBRA-LABOR/

EMPRESAS DE SERVICIOS TEMPORALES/ CONDICIONES

EMPRESAS DE SERVICIOS TEMPORALES/ TRABAJADORES/

EMPRESAS DE SERVICIOS TEMPORALES/ TRABAJADORES DE PLANTA- TRABAJADORES DE MISIÓN.

INCREMENTO SALARIAL/-Reajustar el Salario Mínimo Legal Mensual no es aplicable a los salarios que exceden el salario mínimo.

TESIS...” El artículo 71 de la ley 50 de 1990 define la empresa de servicios temporales “*como aquella que contrata la prestación de servicios con terceros beneficiarios para colaborar temporalmente en el desarrollo de sus actividades, mediante la labor desarrollada por personas naturales, contratadas directamente por las empresas de servicios temporales, la cual tiene con respecto de éstas el carácter de empleador*”.

La ley 50 de 1990 dispone que los trabajadores vinculados con las empresas de servicios temporales son de dos categorías: los *trabajadores de planta* que desarrollan su actividad en las dependencias propias de la empresa de servicio temporal y los *trabajadores en misión* que son enviados a las dependencias de los usuarios a cumplir la tarea o servicio contratado. Vale aclarar que la denominación de usuario refiere a toda persona natural o jurídica que contrate los servicios de las empresas de servicios temporales.

Adicionalmente el artículo 77 de la referida ley, fija los casos en los que los usuarios de las empresas de servicios temporales pueden contratar, así:

- “1. Cuando se trate de las labores ocasionales, accidentales o transitorias a que se refiere el artículo 6o del Código Sustantivo del Trabajo.
2. Cuando se requiere reemplazar personal en vacaciones, en uso de licencia, en incapacidad por enfermedad o maternidad.
3. Para atender incrementos en la producción, el transporte, las ventas de productos o mercancías, los períodos estacionales de cosechas y en la prestación de servicios, por un término de seis (6) meses prorrogable hasta por seis (6) meses más”.

De los anteriores referentes normativos, se infiere claramente que las empresas de servicios temporales son las que prestan un servicio para auxiliar de forma temporal en el desarrollo de actividades a una empresa usuaria en tres casos específicos. Igualmente, que las empresas de servicios temporales ostentan la condición de directos empleadores de los trabajadores en misión; sin embargo, en los casos en los que se presenta una actuación contraria al espíritu de la ley que regula la contratación con las empresas de servicios temporales y se designa al trabajador en misión para una actividad diferente a las previstas en el artículo 77 de la ley 50 de 1990 o excede el límite temporal del servicio, la Jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia desde el año 1997, reiterada en sentencia⁵⁷ del 17 de octubre de 2008, ha sostenido que:

*“No huelga reiterar que para esta Sala de la Corte, en criterio expuesto desde la sentencia de 24 de abril de 1997, radicación 9435, cuando la contratación con empresas de servicios temporales recae “...sobre casos distintos para los cuales se permite la vinculación de trabajadores en misión, por los artículos 77 de la Ley 50 de 1990 y 13 del Decreto Reglamentario 24 de 1998, o, también, cuando se presenta el desconocimiento del plazo máximo permitido en estos preceptos, **sólo se puede catalogar a la empresa de servicios temporales como un empleador aparente y un verdadero intermediario que oculta su calidad en los términos del artículo 35-2***

⁵⁷ Corte Suprema de Justicia Sala Laboral, sentencia del 17 de octubre de 2008, radicación 28470, MP. Gustavo José Gnecco Mendoza

del C. S. del T., **lo cual determina necesariamente que el usuario sea ficticio y por ende deba tenerse como verdadero empleador**" (Negrilla fuera de texto).

...(...)

..."el porcentaje que anualmente fija el Gobierno Nacional para aumentar el salario mínimo legal mensual no es aplicable a los salarios que exceden el salario mínimo; porque en este caso tanto el valor de la remuneración como el incremento lo acuerdan las partes contratantes.

En efecto, para el incremento salarial el Juez de Primera Instancia señaló que para cada uno de los períodos contratados el salario de la demandante fue de \$1.700.000, sin que se aplicaran los incrementos fijados por el Gobierno Nacional cada año, razón por la cual ordenó reliquidar el salario teniendo en cuenta el incremento legal anual.

En relación con el salario el artículo 132 del Código Sustantivo del Trabajo dispone que el empleador y el trabajador pueden convenir libremente el salario en sus diversas modalidades, respetando siempre el salario mínimo legal o el fijado en los pactos o convenciones colectivas y en los fallos arbitrales. Facultad que a juicio de esta Sala se hace extensiva a la potestad que tienen las partes de fijar el aumento salarial cuando la remuneración del trabajador supera el salario mínimo legal, lo anterior atendiendo el carácter bilateral y oneroso que caracteriza el contrato de trabajo en virtud del cual las partes convienen obligaciones y prestaciones recíprocas.

Al hilo de lo anterior la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia⁵⁸, indicó: *"en verdad la estructura general del régimen salarial del sector privado en el derecho del trabajo colombiano está montada sobre el postulado de que son las partes –individual o colectivamente consideradas- unidas en el nexo jurídico laboral, o el legislador cuando así lo dispone en forma expresa, las únicas que en principio tienen la potestad de convenir libremente el salario en sus diversas modalidades, pero siempre respetando el salario mínimo legal o el fijado en pactos, convenciones colectivas de trabajo o fallos arbitrales"*.

...(...)

Luego, considera la Sala que en este caso no es procedente el incremento salarial reconocido en la primera instancia, porque como quedó expuesto el aumento salarial que anualmente fija el Gobierno Nacional modifica el valor del salario mínimo legal mensual, sin que ese porcentaje se extienda a los salarios que exceden el salario mínimo; porque en este último caso la fijación del incremento es facultad de las partes que suscribieron el contrato de trabajo. Además, advierte la Sala que para adoptar la decisión cuestionada no se tuvo en cuenta lo afirmado por la demandante en el interrogatorio de parte, del que queda claro que su inconformidad se contrae a las acreencias laborales que se dejaron de reconocer durante los dos primeros años de prestación del servicio y sobre los cuales el A-quo no hizo pronunciamiento alguno, ni la parte interesada formuló recurso. Como resultado prospera este motivo de apelación, como consecuencia se revocará la decisión de primera instancia que accedió al incremento salarial.

..."

CONSEJO EDITORIAL

DR. JOSÉ ALBERTO PABÓN ORDOÑEZ
PRESIDENTE

DR. HORACIO TOLOSA AUNTA
VICEPRESIDENTE

⁵⁸ Corte Suprema de Justicia Sala Laboral, sentencia del 13 de marzo de 2001, radicación 15406, MP José Roberto Herrera Vergara.

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