



BOLETÍN DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE TUNJA

Diciembre de 2014.
Relatoria



SALA CIVIL – FAMILIA

MAGISTRADO: Dr HORACIO TOLOSA AUNTA
PROVIDENCIA: Apelación Sentencia / 09 de Abril de 2014
RADICACION: 2013-0487
PROCESO: ORDINARIO DE PERTENECIA
DEMANDANTE: LUCRECIA CARANTONIO
DEMANDADO: HEREDEROS DETERMINADOS E INDETERMINADOS DE JOSÉ ESPITIA BERNAL Y PERSONAS INDETERMINADAS

DESCRIPTORES – Restrictores

PRESCRIPCION ADQUISITIVA DE DOMINIO/ REQUISITOS/

PRESCRIPCION ADQUISITIVA DE DOMINIO/ - POSESIÓN/ - Tenencia de una cosa con ánimo de señor y dueño-

PRESCRIPCION ADQUISITIVA DE DOMINIO/ POSESIÓN- ELEMENTOS/ Corpus-Animus/

TESIS: ...” La prescripción como modo adquisitivo de dominio se halla regulada en el artículo 2512 del Código Civil, donde encontramos figuras tales como la prescripción adquisitiva y la extintiva del derecho; en la primera, se adquiere el dominio de las cosas ajenas que están en el comercio, por haber sido poseídas durante el tiempo que exige la Ley; la segunda, es un modo de extinguir las acciones y derechos ajenos por no haber sido ejercidos durante cierto tiempo, siempre y cuando concurren los demás requisitos de orden legal.

Los supuestos que envuelve el vocablo propiedad son: la titularidad y su ejercicio, plasmado en la posesión. Cuando estos se separan o disgregan, es decir, no están radicados en la misma persona, el legislador ha trazado fórmulas para restablecer la normalidad, terminando con la disgregación. Para lograrlo se han creado las acciones posesorias o la reivindicación y la usucapión, bien para que el titular recupere la posesión o bien para el caso, que el titular abandone su ejercicio, extinguiéndosele su derecho y haciéndolo nacer para quien lo ejerce de hecho, aunque no sea titular. Una de las formas de hacer cumplir la función social a la propiedad privada, es permitir que quien ha poseído materialmente un inmueble pueda a través de una acción legal ganar el dominio pleno de él.

La prescripción extraordinaria como modo de adquirir el dominio, que es la que aquí se demanda, opera cuando se cumplen los presupuestos consagrados en los artículos 2531 y 2532 del CC; a pesar de esto, jurisprudencialmente se conocen unos presupuestos sin los cuales la declaratoria de posesión no se surtiría:

- a. Posesión material en el demandante;
- b. Que la posesión se prolongue por un tiempo mínimo determinado por la ley;
- c. Que la posesión ocurra ininterrumpidamente;
- d. Que la cosa o derecho sobre la cual se ejerce la posesión sea susceptible de adquirirse por prescripción (C.S de J sentencia del 21 de Agosto de 1978).

La posesión según el artículo 762 del C.C señala que: “... es la tenencia de una cosa determinada con ánimo de señor o dueño...”, lo que implica que el prescribiente debe demostrar que en el bien que pretende, ha ejecutado actos positivos o materiales que exterioricen su señorío.

...(...)

Acreditados por el usucapiante estos elementos, para que la posesión como soporte determinante, estructure la prescripción adquisitiva de dominio, junto con la probanza de los demás requisitos, consolidan el derecho de propiedad en el demandante. Así, quien alegue la concurrencia de los

presupuestos antes señalados, traza paso firme para que el derecho en su poder, libremente sea reconocido.

Establecidos inicialmente los supuestos de hecho, que respaldan la petición deprecada, corresponde al juzgador entrar a valorar el soporte probatorio en aras de verificar la probanza de los elementos constitutivos de la posesión y demás requisitos exigidos por la ley, para el caso, los contenidos en el artículo 2531 y 2532 del C.C., y luego emitir decisión jurídica en sustento al juicio razonado, extraído de los medios de prueba, con sujeción al respectivo marco normativo.

Pues bien, el sentido de la decisión desestimatoria de las pretensiones, proferida en primera instancia, se encuentra estructurada con base en la ausencia de los requisitos legales en la demandante para usucapir el bien reclamado, dado que de la prueba testimonial y el interrogatorio de parte conllevan a demostrar una posesión conjunta entre la demandante y sus hijos – demandados en éste proceso-, no cumpliéndose el requisito de una posesión exclusiva e independiente en la actora, para lograr la usucapición en su favor.

...(...)

Por su parte, la impugnante alega, el desconocimiento por parte del juzgador, del principio de comunidad de la prueba, en tanto que estima, haberse fragmentado, a raíz de su errada interpretación, que sobre la prueba testimonial adelantó.

La posesión, comprende dos elementos, uno de carácter externo o material, referido al hecho físico de la posesión, que indica la aprehensión material de la cosa, la relación del detentador a través de actos de señor y dueño (corpus); y otro subjetivo o psíquico que lo determina, la intensión positiva de querer ser dueño o voluntad de detentar la cosa como dueño (animus), postura ésta que se ve exteriorizada o reflejada, con la ejecución de actos, indicadores de comportamiento propio de dominio.

En principio, toda persona que deriva de otra la posesión la comienza de nuevo y debe mantenerla, realizando actos de señorío, durante el tiempo necesario para usucapir. Por consiguiente, si se pretende usucapir extraordinariamente, para hacerlo se deberá probar, los actos concretos, ciertos y evidentes de dominio, ejecutados durante el tiempo legal respectivo; eventualidad en la que nada obsta, la participación de una o varias personas, cuya elemental caracterización, sea una expresión voluntaria de concurrir una pluralidad de sujetos, quienes acuden con la intención de ejecutar actos materiales propios, reveladores de señorío, postura de la que deviene, la figura de la coposesión, la cual se establece bajo la hipótesis de ser ejercida en forma compartida y no exclusiva, por todos los copartícipes de la cosa, o bien por el conducto de un administrador que los representa.

...(...)

Entendida pues, que la coposesión compromete el animus o intensión de todos los copropietarios, de ejercer actos de señorío en razón al vínculo común que los relaciona con la cosa prescriptible, y que por lo mismo los identifica como “comuneros”, tal institución se ha de manifestar en disposiciones de indudable envergadura, que permita sostener, que la postura positiva de poseer, desplegada por cada uno de los que mantienen esa relación de hecho con la cosa, se hace con la convicción diáfana de detentar el bien raíz socialmente, es decir con el ánimo expresivo de su condición de coposeedor, manteniendo esa postura indicadora de que posee conjuntamente con los que estima, también les cabe derecho, reflejado éste también, en una similar aptitud de detentar a título universal y no particular. Dicho en otros términos, es claro que la coposesión existe cuando una misma relación posesoria sobre un bien determinado, corresponde en común a varias personas, supuesto distinto a aquel en que esa situación de hecho la ejerce el comunero, con exclusión de los demás sobre la cosa común o parte de ella.

Tales reflexiones, conducen a indicar que en efecto la interpretación del a-quo, de la prueba testimonial, condujo apresuradamente a entender la existencia de una coposesión, habida entre la usucapiente y los demandados, quienes se identifican en éste litigio como hijos de aquella, sin que se examinara el contexto de su contenido y concordarlo con las demás pruebas del proceso. Pues, justamente el recurrente plantea la omisión del juzgador de observar los restantes medios de prueba, esto es, la documental anexa con la demanda, que revela los actos de posesión propios de la actora, como sucede, con el pago de impuesto y de servicios públicos, en los que no figuran los demandados ni persona diferente a la prescribiente, dejando también de lado, la evidencia que arroja la inspección judicial, en la que se aprecia la destinación del inmueble, y sin que se observe en ella, oposición alguna por parte de los hijos de la reclamante, cuando fueron precisamente éstos, quienes atendieron y participaron en la diligencia; lo que resulta contrario a la conclusión definida en primer grado.

...(...)

Del contenido del material probatorio, acusado como indebidamente apreciado, aflora palmariamente una inferencia distinta a la que arribó el juzgador de instancia, en tanto que los elementos de convicción antes analizados, desvirtúan que la actora ejerza actos de dominio para una comunidad, pues en modo alguno, las pruebas muestran de manera irrefragable, situaciones de hecho indicadoras de que los demandados detentan el inmueble con el mismo ánimo, al que ahora exhibe la prescribiente, y por ende en ellas, no consta el ejercicio conjunto de la posesión.

...(...)

MAGISTRADO: Dr HORACIO TOLOSA AUNTA
PROVIDENCIA: Apelación Sentencia / 18 de Febrero de 2014
RADICACION: 2012-0366
PROCESO: SIMULACIÓN
DEMANDANTE: ROSALBA BELTRÁN SUÁREZ
DEMANDADO: PEDRO BELTRÁN CORREDOR

DESCRIPTOR- Restrictores

SIMULACIÓN/ Elementos de la Simulación/

SIMULACIÓN/ Simulación Absoluta/ Simulación Relativa

SIMULACIÓN/ INDICIOS/ - Motivos que inducen a simular un negocio Jurídico-

TESIS:...” Un acto jurídico, lleva implícito la voluntad de los contratantes que termina exteriorizándose o declarándose mediante documento público, pero al ocurrir esto, puede que se desvíe la intención en una declaración distinta a la real voluntad de los agentes. Siendo ello así pueden las partes, desear un negocio pero lo ocultan con otro aparentemente representante de su supuesta verdadera voluntad. Así que quien ejerza la acción de simulación debe acreditar la existencia del negocio secreto, y una vez desmantelado éste, prevalecerá entre las partes dicha declaración que figuraba bajo la ocultación de otro negocio diferente, y se extinguen los efectos de la declaración aparente.

Para que pueda adelantarse la declaratoria de simulación relativa, se requiere que el negocio jurídico exista, es decir que se encuentre pactada la convención, que bien puede figurar por escrito público y contener todos los elementos esenciales que exige la ley para su existencia jurídica, y contra ello, en ejercicio de la acción citada, despojarlo con la posibilidad de encontrarse otra disposición encubierta, por el hecho de estar presente la legalidad del acto jurídico expresamente pactado, pues finalmente es el que viene a encubrir la otra disposición verdadera que es la que viene a demostrarse.

Para establecer si un negocio jurídico se encuentra simulado, o por el contrario desprovisto de artificio, se requiere la presencia de: a) Disconformidad entre lo declarado y lo querido realmente; b) Acuerdo de las partes en producir esta disconformidad entre la voluntad interna y la declarada; y c) Tener la finalidad de engañar a terceros.

Es preciso indicar respecto al tema, que el acto simulado, debe ser probado, por regla general, mediante indicios que revelen tal fenómeno, los que son utilizados por parte de los simulantes para disfrazar su voluntad.

Como presupuestos para que se configure ésta acción, tales indicios, se encuentran representados entre otros, por la falta de capacidad o solvencia económica del comprador para pagar el precio, la amistad íntima, el precio irrisorio de la venta y continuidad del vendedor en la posesión después de la venta o la no entrega del bien vendido, situaciones que requieren ser analizadas individualmente.

Frente al tema de la acción de simulación la Jurisprudencia la ha definido diciendo:

“La simulación, por otro lado, *per se* no es un negocio jurídico ilícito, fraudulento o engañoso (*animus nocendi*), ni de suyo, comporta su nulidad absoluta (cas. julio 27/1935, cas. mayo 23/1955, LXXX, 360), pues “[s]uperada desde hace ya largo tiempo la teoría de la simulación-nulidad, se tiene definido que, en virtud del postulado de la autonomía de la voluntad privada, pueden los particulares, siempre que no violen los límites del orden público, elegir las formas que consideren pertinentes para llevar a cabo sus designios; incluida allí la facultad para ‘hacer secreto lo que pueden hacer públicamente’”, fingiendo ante terceros una convención que no se encuentra destinada a producir los efectos aparentados. Así, es admitida la simulación como acto estructurado en dos declaraciones, a una de las cuales las partes restan eficacia, “en el entendimiento de que, en nuestro ordenamiento jurídico esa dicotomía, en cuanto lícita, está permitida...” (G.J. T. CXXIV, p. 290); conceptos éstos de donde surge nítidamente la diferencia entre la simulación y la nulidad, pues en aquella no se alude en modo alguno a un vicio en los negocios jurídicos, como que por ese medio simplemente las partes persiguen un fin diferente del que aparece en el contrato mismo, mientras que en la nulidad, en cambio, la voluntad de las partes ‘persigue en todo caso la efectividad del acto, pero éste surge viciado radicalmente en su causa o en su objeto, o sin la solemnidad exigida por la ley

para que nazca a la vida del derecho'. (Sent. 29 de agosto de 1951, LXX, 74)" (cas. noviembre 17/1998, exp. 5016), a lo cual, "cabe recordar, ya para terminar, cómo lo que ha de presumirse es la seriedad, la realidad del negocio, y no su simulación, cual parecería entenderlo el acusador; de tal suerte que la voluntad manifestada por las partes conserva todo su vigor mientras no se demuestre lo contrario. En desarrollo de tal idea la Corte expuso, por ejemplo, que 'en ese complicado proceso de desentrañar la verdad escondida tras los velos de la apariencia, todo conduce inicialmente a señalar que aquello que se expresó, corresponde a la realidad; en principio, entonces, lo exterior coincide con lo interior y de ese supuesto es necesario partir' '[A]nte lo cual anotó todavía cómo en la labor investigativa atinente a la simulación surgen hechos de todas las especies que refuerzan unos la apariencia demandada, que la develan los otros; y es entonces cuando el fallador, sopesando esas circunstancias, haciendo uso de la autonomía que le asiste, opta por alguna de las soluciones que se le ofrecen; de allí que, una vez tomada la decisión, queden entonces, por lo general, algunos cabos sueltos, algunas circunstancias que se contraponen a lo decidido, pero sin que tales aspectos puedan constituir por sí mismos motivo bastante para quebrantar la conclusión del juzgador, el cual, precisamente, elaborando un juicio lógico – crítico desprecia las señales que le envían algunos hechos, para rendirse ante la evidencia que en su criterio arroja la contundencia de los demás' (Cas. Civ. febrero 26 de 2001, exp. 6048)" (cas. julio 16/2001, exp. 6362).

Por consiguiente, la simulación constituye un negocio jurídico, cuya estructura genética se conforma por un designio común, convergente y unitario proyectado en dos aspectos de una misma conducta compleja e integrada por la realidad y la apariencia de realidad, esto es, la creación de una situación exterior aparente explicada por la realidad reservada, única prevalente y cierta para las partes.¹

(...)

El asunto cuestionable y que pone de presente el impugnante en aras de obtener el quiebre de la sentencia recurrida, se centra en la valoración probatoria otorgada por el juzgador, para arribar a la decisión desestimatoria de las pretensiones. El examen y evaluación de dicha actividad, al tenor del artículo 187 del C.P.C., cuando la providencia atacada se fundamenta en un determinado argumento jurídico, edificado en virtud del juicio razonado de cada elemento de prueba, ajustado a la razonable interpretación de las normas aplicables al caso, el error en el proceso valorativo, que se acuse, debe ser de tal magnitud que sobresalga de manifiesto y sea perceptible fácilmente sin que se imponga mayor esfuerzo de comprensión, habida cuenta que en virtud de la autonomía del juzgador de instancia en la libre apreciación del haz probatorio, para que tenga plena cabida el yerro alegado al punto que pueda ocasionar la rotura del fallo, tiene que ser tan grave y notorio que a simple vista se imponga, de tal suerte, que resulte contrario a la evidencia del proceso; así, no es por consiguiente una inadecuada apreciación probatoria, a la que se llega en virtud de un esforzado razonamiento. Pues como lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia, "...La apreciación razonada de la prueba, o, lo que es lo mismo, la sana crítica de ésta, presupone que el fallador, teniendo por derrotero únicamente las reglas de la lógica, de la ciencia y de la experiencia que, según su entender, sean aplicables a un determinado caso, goza de libertad para valorarla, cuidándose, claro está, de exponer razonadamente el mérito que le asigne a cada prueba. A tal sistema de valoración alude el artículo 187 del Código de Procedimiento Civil."²

...(...)

Luego la causa simulandi, como uno de los elementos fundamentales para la prosperidad de la simulación, en cuyo caso se impone la presencia de indicios, es decir, aquellos que tracen los motivos que inducen a simular el negocio jurídico, debe ser lo primero sobre lo que debe indagarse cuando se trata de una acción de esta estirpe, para contar con un número significativo de indicios que produzcan convicción y certeza a la hora de hallar probada la existencia de un acto disfrazado; de modo que quien arguye la existencia de éste, debe sustentar ampliamente, con apoyo de la prueba respectiva, la causa o móvil simulandi, porque en ausencia de ésta, se constituye en indicio inclinado a robustecer la seriedad y veracidad de la negociación.

Sobre el eventual indicio, que resalta la demandante, para señalar que sí existió un motivo para simular, se descarta por completo, la conservación de la posesión material de los bienes, por el vendedor, toda vez que en observancia del contenido de los títulos escriturarios, en ellos se avizora, el pacto de reserva de usufructo a favor del vendedor, lo que justifica, sin que haya lugar a interpretarse de otro modo, el ejercicio de un derecho -el derecho de usufructo-, que implica necesariamente ostentar, y no por ello deba calificarse tal postura del vendedor, como un indicio generador de causa simulandi. Aparejado a lo anterior, ha de predicarse, que la activa reconoce poseer y explotar en el ramo pecuario, el fundo que compró. Como tampoco lo puede ser, el no pago del precio, habida cuenta que en interrogatorio de parte, los compradores son coincidentes en sostener que el pago se efectuó por cuotas, como también las razones por las cuales se acordó de esa manera, versiones que se ajustan con el testimonio vertido por el vendedor, y que inducen a

¹ CSJ. Sala de Casación Civil, sent. del 30 de julio de 2008. M.P. William Namén Vargas.

² CSJ. Casación Civil, sent. del 16 de noviembre de 1999. M.P. Jorge Antonio Castillo Rugeles.

desechar la ausencia de precio de los negocios jurídicos cuestionados, máxime cuando no sobresale evidencia alguna que se contraponga a los relatos vertidos por los demandados. De lo que se infiere, que sí hubo pago, pues se halla probado que lo consignado formalmente en la escritura, tuvo su cabal demostración cuando existió uniformidad en el vendedor y compradores, en su relato, de la forma como se pagó el monto.

Otro elemento de la simulación, es el concierto de voluntades para simular, componente en la operación jurídica tachada de ficticia, que no se demuestra, pues la simulación requiere, que ante el acuerdo de voluntades real, exista un velo de apariencia planeado, en el sentido de que los contratantes conozcan y tengan la plena convicción de que ese pacto, tan solo se para ocultar, o disfrazar una artimaña fraudulenta, situación ésta que no se visualiza dentro del panorama fáctico planteado por la accionante, ni dentro del compendio probatorio reunido, de donde salga a relucir, ese artificio conducente a distraer intereses de otras personas no vinculadas a las negociaciones atacadas.

Es en éste orden que puede establecerse, la inexistencia de simulación, por falta de concierto de voluntades para simular o encubrir la verdadera y real voluntad de los contratantes. Pero como en éste caso, quedó demostrado que el interés sincero del vendedor PEDRO BELTRAN CORREDOR, junto con su cónyuge PETRONILA SUAREZ DE BELTRAN, no fue otro que el de transferir el dominio a sus hijos y nietos, y los demandados el de adquirirlo, sin que con ello se evidencie, perjuicio o desquebranto alguno en derechos o intereses económicos de terceros, por lo mismo la simulación esbozada por la accionante, no se configura en este evento.

Por tanto, analizados los presupuestos axiológicos de la acción de simulación; los anteriores razonamientos son suficientes para indicar que la prueba de la simulación, a pesar de su complejidad, no se erige de manera contundente, sobre indicios enderezados a demostrar, que la manifestación pública de la voluntad de las partes es disfrazada.

...(...)

MAGISTRADO: Dr HORACIO TOLOSA AUNTA
PROVIDENCIA: Apelación Sentencia / 06 de Junio de 2014
RADICACION: 2012-0620
PROCESO: EJECUTIVO SINGULAR
DEMANDANTE: CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR DE BOYACÁ - COMFABOY
DEMANDADO: FISCALIA GENERAL DE LA NACION

DESCRIPTOR- Restrictores

EJECUTIVO/ APORTES PARAFISCALES/ EXIGIBILIDAD DE LA ACCIÓN/

EJECUTIVO/ PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA DE LA ACCION EJECUTIVA/- El Plazo de Prescripción no puede empezar a computarse antes que el derecho haya nacido-

EJECUTIVO/ INTERRUPCIÓN Y SUSPENSIÓN DEL TÉRMINO DE PRESCRIPCIÓN/

TESIS:...” el título ejecutivo es el documento público o privado en virtud del cual, cabe proceder un juicio ejecutivo, emanado de las partes o por decisión judicial, en el cual debe constar una obligación clara, expresa y exigible a cargo del deudor, idónea para lograr el convencimiento del juez a efecto de decretar el mandamiento de pago correspondiente, acompañado o no del decreto de medidas cautelares, sea que la parte demandante lo haya solicitado o se hubiere abstenido de hacerlo.

Generalmente se conocen dos formas de títulos ejecutivos: De un lado los títulos provenientes de resoluciones judiciales, con carácter de obligatoriedad en su cumplimiento, y de otra parte los títulos de carácter contractual, es decir, aquellos que provienen del deudor. A los primeros se les conocen con el nombre de títulos judiciales y los segundos como títulos privados. Sin embargo, los anteriores no son los únicos títulos ejecutivos que se conozcan en la esfera jurisdiccional y nacional. En ocasiones la ley reconoce determinada fuerza ejecutiva a algunos documentos que si bien no se acoplan a los indicados, sí tienen el carácter de ejecutivos. Nos referimos a los títulos administrativos aplicables a la jurisdicción coactiva y cuya prueba obligacional corresponde al acreedor. Existen asimismo, otros títulos que aunque no se encuadran dentro de la concepción particular de los títulos ordinarios, sí prestan mérito ejecutivo porque reúnen los requisitos exigidos por la ley para impetrar la acción ejecutiva. Es el caso del certificado de bono de prenda, de las libranzas por cooperativas respecto de artículos retirados por el asociado, de los reglamentos de propiedad horizontal con motivos de cuotas de administración, las cuentas de cobro, etc.

De lo anterior, se puede concluir que existen documentos tipificados por la ley como de título ejecutivo y otros que aunque no se señalan como tales, sin ser títulos ejecutivos, sí prestan mérito de ejecución. Y es que a nivel general, las legislaciones se han dividido cuando se trata de la

clasificación de los títulos ejecutivos. En efecto, las legislaciones de algunos países contemplan enunciados taxativos respecto de los documentos, que tienen la calidad de título ejecutivo. En otros, por el contrario, la ley no establece un sistema de enumeración exclusiva, sino que indica los elementos esenciales que deben contener aquellos documentos para que adquieran la calidad de títulos ejecutivos. Otros sistemas, admiten las dos tendencias anteriores, valga decir, son mixtos en su consideración, pues en la medida que indican cuáles documentos adquieren el carácter de título ejecutivo, dejan igualmente abierta la posibilidad para que otros documentos lo sean. Tal es el caso colombiano. En nuestro país, este sistema se ha caracterizado por la existencia de normas que en forma especial indican los documentos constitutivos de títulos ejecutivos y a la vez existen normas que enuncian de manera general, los elementos básicos que deben contener los documentos, para que presten mérito ejecutivo. Así las cosas, en nuestro medio se conocen de manera taxativa como títulos ejecutivos, los emanados de decisiones judiciales y los de carácter contractual o privada y se encuadran dentro de los documentos que prestan mérito ejecutivo, aunque no se conciben como títulos ejecutivos especiales, los mencionados anteriormente, como el certificado de prenda agraria, ect.

En ese orden de ideas, en el presente caso, la entidad demandante COMFABOY con las facultades conferidas en los Decretos 341 de 1988 y 562 de 1990, dirigió el escrito DAS 1320-04-638 de fecha 30 de marzo de 2010, a la pasiva, mediante el cual le informa que conforme al anterior ordenamiento, estableció elusión en los aportes pagados durante las vigencias fiscales allí relacionadas. Diferencia que radica en la no inclusión de la totalidad de los factores salariales, tales como salario, auxilio de transporte, prima de navidad, prima de antigüedad, prima de servicios, horas extras e indemnizaciones, bonificaciones, subsidio de alimentación, primas extraordinarias, bonificaciones y/o compensaciones.

...(...)

el presente caso, el título base de ejecución corresponde no a unas copias expedidas por autoridad competente, las cuáles sí requieren de las exigencias del art. 115 del C. de P.C., numeral segundo. Nótese como la misma norma en cita refiere que si la copia pedida es de una sentencia o de otra providencia ejecutoriada que ponga fin al proceso, aprueba liquidación de costas, fije honorarios o imponga condenas, se ordenará de oficio agregar las piezas que acrediten su cumplimiento si lo hubiere. Pero solamente la primera copia prestará mérito ejecutivo; el secretario hará constar en ella y en el expediente que se trata de dicha copia.

No desconoce este Tribunal, lo manifestado por la parte pasiva cuando afirma que tal exigencia es con el fin de darle seguridad jurídica a la exigencia ejecutiva, pues se podría incoar tantas acciones, como copias se expidan. Pero en el presente caso, no es posible el cobro mas de una vez, ya que el competente para iniciar la acción, no es otra entidad diferente a la que expidió su propio acto, quien ante la falta de el cumplimiento a lo ordenado dentro del procedimiento que ella misma adelantó, es que se inicia la vía coactiva, sobre las sumas que legalmente adeuda la FISCALIA GENERAL DE LA NACION.

La base de ejecución en el presente caso, no se puede tener como análoga de la expedición de copias en los eventos reseñados en la norma referida, como lo pretende la parte pasiva, pues en el presente caso, se trata de un procedimiento contemplado en la ley 789 de 2002, ante la falta de pago de parafiscales.

...(...)

...el plazo de prescripción no puede empezar a computarse antes de que ese derecho haya nacido. Sobre el tema tiene sentado la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de noviembre 7 de 1977 lo siguiente:

“Siendo esto así, el término de prescripción de su derecho no puede empezar a correr antes de que pueda ejercitarlo. Lo cual es conforme con lo que dispone el segundo inciso del artículo 2535 del Código Civil que al establecer que la prescripción que extingue las acciones y derechos ajenos exige solamente cierto lapso durante el que no se hayan ejercido dichas acciones, precisa que se cuenta este tiempo desde que la obligación se hizo exigible, es decir, que aun en el caso de que la obligación haya nacido a la vida del derecho, mientras no sea exigible, mientras no se pueda demandar su cumplimiento, no empieza a correr el término descriptivo. Y con más razón, tratándose ya de la facultad de demandar con eficacia al reconocimiento de un determinado derecho, el plazo de prescripción no puede empezar a computarse antes de que ese derecho haya nacido. No sería razonable sostener cosa distinta, por dos motivos: es la primera la de que el texto final del artículo 2535 citado permite sin dificultad sacar esa conclusión y la segunda, que es contrario a la moral y a la equidad que un derecho pueda extinguirse antes de que su titular pudiera normalmente hacer uso de él, pues como decían los romanos *actioni non nate non prescribitur*”

Conforme a la providencia transcrita, en el presente caso necesario es establecer, el momento en que se hizo exigible la obligación materia de la litis, esto es a partir de que instante la entidad demandada debía haber cancelado la obligación, sin necesidad de la acción ejecutiva.

No es de recibo lo esgrimido por la entidad demandada, que los aportes parafiscales para la Caja de compensación familiar de los años 2005 a 2009, prescriben a partir del último día de cada mes de ese año.

Es generalizada la creencia en las administraciones como la aquí demandada, que la prescripción se interrumpe con la notificación del acto administrativo de determinación oficial del gravamen o la resolución en la que se impone una sanción.

Lo anterior no tiene fundamento legal, motivo por el cual resulta forzoso tener como referente para este aparte el artículo 818 del Estatuto Tributario Nacional (modificado por el artículo 81 de la Ley 6 de 1992) que establece:

Artículo 818. Interrupción y suspensión del término de prescripción. El término de la prescripción de la acción de cobro se interrumpe por la notificación del mandamiento de pago, por el otorgamiento de facilidades para el pago, por la admisión de la solicitud del concordato y por la declaratoria oficial de la liquidación forzosa administrativa.

Interrumpida la prescripción en la forma aquí prevista, el término empezará a correr de nuevo desde el día siguiente a la notificación del mandamiento de pago, desde la terminación del concordato o desde la terminación de la liquidación forzosa administrativa.

Así lo que se interrumpe es la acción de cobro que impone la existencia de un título ejecutivo, motivo por el cual la expedición del mismo no puede interrumpirlo. Para precisar la idea resulta necesario advertir que tienen que presentarse los siguientes casos para que se interrumpa el término de prescripción:

(i) Notificación del mandamiento de pago. Una vez se inicia el proceso de cobro administrativo coactivo, al deudor se le notifica el mandamiento de pago en los términos establecidos en el Estatuto Tributario Nacional y sólo hasta el momento en que se logre realizar la notificación se podrá hablar de la interrupción del término de prescripción que se encontraba corriendo.

(ii) Otorgamiento de facilidades para el pago. Estas facilidades deben concederse en los términos señalados en el mismo Estatuto Tributario Nacional, como quiera que esta es una norma de interrupción especial dadas las especiales circunstancias previstas en este texto normativo; motivo por el cual no resultan admisibles la concesión de plazos adicionales, las amnistías, y otros instrumentos diferentes como formas de interrumpir la prescripción.

(iii) Admisión del sujeto pasivo en procesos concursales y las liquidaciones forzosas administrativas. Lo que se pretende es que una vez se inicia un proceso concursal, respecto de la totalidad de las acreencias se interrumpa el término de prescripción.

Aunado a lo anterior, se considera relevante mencionar que la interrupción de la prescripción implica no sólo que se paralice la cuenta del término, sino que se prescinde del tiempo ya transcurrido y se elimina su efecto. La interrupción de la prescripción implica borrón y cuenta nueva.

...(...)

SALA PENAL

MAGISTRADO: Dr EDGAR KURMEN GÓMEZ

PROVIDENCIA: Apelación Sentencia Condenatoria /

RADICACION: 2013 - 0925

PROCESO: CONCIERTO PARA DELINQUIR Y APODERAMIENTO DE HIDROCARBUROS

DENUNCIANTES: I.J. José Humberto Lozano y S.I. Olson Jak Vivas

PROCESADOS: Edgar Esaú Pinilla Florián y Otros

DESCRIPTOR- Restrictores:

APODERAMIENTO DE HIDROCARBUROS/ MECANISMOS DE JUSTICIA CONSENSUADA/

APODERAMIENTO DE HIDROCARBUROS/ MECANISMOS SUSTITUTIVOS/

APODERAMIENTO DE HIDROCARBUROS/ MECANISMOS DE TERMINACIÓN ANTICIPADA DEL PROCESO/ PREACUERDOS Y NEGOCIACIONES/

APODERAMIENTO DE HIDROCARBUROS/ SENTENCIA ANTICIPADA - REQUISITOS -/

APODERAMIENTO DE HIDROCARBUROS /PRINCIPIO DE LEGALIDAD/ ROL DEL JUEZ DE CONOCIMIENTO FRENTE A LOS PREACUERDOS/

TESIS: ...” 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 aprestigiar la administración de justicia y evitar su cuestionamiento. Dos son los momentos que el legislador contempla para la procedencia de los preacuerdos: el primero desde la audiencia de formulación de imputación y hasta antes de ser presentado el escrito de acusación (artículo 350 del C. P. P.) y el segundo, después de presentada la acusación y hasta el momento en que sea interrogado el acusado al inicio del juicio oral sobre la aceptación de su responsabilidad (artículo 352 C. P. P.), que desde luego implican diferente rebaja punitiva teniendo en cuenta la celeridad y oportunidad de la colaboración con la justicia, con la consiguiente abreviación de los trámites procesales y por la mayor o menor disminución de los costos que asume y soporta la administración de justicia. Una interpretación de las normas que ritúan los preacuerdos y las negociaciones, en especial del artículo 350 del C. P. P., en armonía con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, nos permiten arribar a las siguientes conclusiones:

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

(...)

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 imputación, se llevó a cabo entre la Fiscalía y los procesados la realización de los preacuerdos. En la audiencia de verificación y aprobación de los preacuerdos, el juez se dedicó a preguntarle a cada uno de los procesados si sabían por qué hechos estaban en el presente proceso, si sabían las consecuencias que trae aceptar la responsabilidad en los delitos de concierto para delinquir y apoderamiento de hidrocarburos, si estaban dispuestos a renunciar al derecho de tener un juicio oral, concentrado, imparcial, con inmediación de pruebas y sin dilaciones injustificadas, etc. por el hecho de haber preacordado, si sabían que luego del preacuerdo viene la sentencia condenatoria y que no pueden retractarse. Al responder todos los procesados afirmativamente a los cuestionamientos del juez, se les pregunta si esa manifestación la hacen de forma libre, consciente y si fueron debidamente informados por parte de sus abogados defensores de las consecuencias jurídicas y materiales que les acarrea aceptar los cargos, a lo que contestaron que sí. (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. Téngase en cuenta que el allanamiento a cargos por los procesados implica confesión. Además los E.M.P. y E.F. recaudados por la Fiscalía que respaldan dicha confesión están resumidos de forma clara y concisa en cada uno de los preacuerdos, estableciendo los medios de prueba que logran

desvirtuar la presunción de inocencia para cada procesado. El a quo analizó adecuadamente todos estos elementos materiales probatorios y evidencias físicas que lo condujeron a estimar desvirtuada dicha presunción. (iii) Que no se evidencie violación a garantías fundamentales, tales como el debido proceso, la libertad, entre otros.

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

... Eso significa que el fiscal debe declarar cuál es el comportamiento que realmente ocurrió con base en los hechos acontecidos y probados y a partir de esa declaración señalar en qué consiste la degradación de la responsabilidad en beneficio del procesado, para que éste acepte el preacuerdo con los fines establecidos en el artículo 348 del C.P.P. De otra parte es necesario precisar que el artículo 448 de la codificación adjetiva establece el principio de congruencia al señalar que "*el acusado no podrá ser declarado culpable por hechos que no consten en la acusación, ni por delitos por los cuales no se ha solicitado condena*". El cabal entendimiento del principio de congruencia, parte del supuesto de señalar que los hechos imputados son inmutables en tanto que es posible efectuar ajustes de tipificación del comportamiento y sus modalidades, en la medida en que la construcción del proceso de conocimiento se perfecciona. Eso significa que si bien es cierto la congruencia es de carácter fáctico y jurídico, no lo es menos que los hechos imputados no pueden ser de ninguna manera modificados, en tanto que la calificación que a éstos se les dé es susceptible de perfeccionamiento en la medida en que el proceso de construcción y elaboración del conocimiento mediante el acopio de elementos materiales probatorios y evidencias físicas así lo determinen. 2.- A partir de la correcta imputación circunstanciada, el fiscal puede excluir causales de agravación punitiva, o algún cargo específico o tipificar el comportamiento con miras a disminuir la punición y corresponde a las demás partes e intervinientes hacer una ponderación del costo beneficio que acarrea la negociación. 3.- Es deber del Juez de conocimiento frente a los mecanismos de justicia consensuada (preacuerdos y negociaciones) o premial (allanamientos) conforme a los artículos 131 y 368 inciso 1° del C.P.P., verificar que se trata de una decisión libre, consciente, voluntaria, debidamente informada, asesorada por la defensa, para lo cual será imprescindible el interrogatorio personal del imputado o procesado. El artículo 354 del C. P. P., preceptúa que serán inexistentes los acuerdos realizados sin la asistencia del defensor y a su vez los artículos 351 y 368 inciso segundo ibídem, señalan que los preacuerdos celebrados entre fiscalía y acusado obligan al juez de conocimiento, salvo que ellos desconozcan o quebranten las garantías fundamentales, caso en el cual el juez debe rechazar la alegación de culpabilidad y adelantar el procedimiento como si hubiese habido una alegación de no culpabilidad. Por último es indispensable recabar que deben existir elementos materiales probatorios y evidencias físicas que permitan derruir la presunción de inocencia. 4.- En consecuencia no le quedará camino diferente al juez de conocimiento que improbar el acuerdo o decretar la nulidad total o parcial del mismo, cuando advierta en su conformación vicios de estructura o de garantía, o errores de legalidad.

...

MAGISTRADO: Dr EDGAR KURMEN GÓMEZ
PROVIDENCIA: Apelación Providencia / 15 de Septiembre de 2014
RADICACION: 2014-0506
PROCESO: HOMICIDIO AGRAVADO Y OTRO
PROCESADO: JHON JAIRO RIVAS CONTRERAS

DESCRIPTORES – RESTRINGIDOS

HOMICIDIO AGRAVADO/ REDOSIFICACIÓN DE LA PENA/ PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD/

HOMICIDIO AGRAVADO/ REDOSIFICACIÓN DE LA PENA/

HOMICIDIO AGRAVADO/ DERECHO DE IGUALDAD – LEGALIDAD – DEBIDO PROCESO/

TESIS: ...” El inc. 3º del art. 29 de la Constitución Política preceptúa que “En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable”, lo que implica que la Ley penal regirá, por regla general, para las conductas cometidas durante su vigencia, sin que pueda aplicarse una distinta, so pena de conculcar el principio de legalidad. Este principio también rige frente a la Ley procesal de efectos sustanciales permisiva o favorable, que se aplica aún cuando sea posterior a la actuación, de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

No obstante, es posible aplicar una ley para hechos anteriores a su entrada en vigencia, caso en el cual opera la retroactividad de la ley, o aplicar una norma que habiendo perdido vigencia, por haber sido derogada por otra posterior, para sucesos ocurridos cuando regía, siempre y cuando ello implique un tratamiento benéfico para su destinatario. Este último caso es lo que se conoce como ultractividad de la Ley.

La aplicación de la ley penal o procesal penal por favorabilidad supone siempre la existencia de sucesión de leyes en el tiempo, cuando una disposición normativa es sustituida por otra. También aplica cuando coexisten preceptos de diferentes ordenamientos, con identidad en el objeto de regulación.

El art. 6º del Código Penal contenido en la Ley 599 de 2000 contempla el principio de legalidad así:

“Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante el juez o tribunal competente y con la observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. La preexistencia de la norma también se aplica para el reenvío en materia de tipos penales en blanco.

La ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior se aplicará, sin excepción, de preferencia a la restrictiva o desfavorable. Ello también rige para los condenados.”

Y el código de procedimiento penal de la Ley 906 de 2004 en el art. 6º, señala:

“Nadie podrá ser investigado, ni juzgado sino conforme a la ley procesal vigente al momento de los hechos, con observancia de las formas propias de cada juicio.

La ley procesal de efectos sustanciales permisiva o favorable, aún cuando sea posterior a la actuación, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable. Las disposiciones de este Código se aplicaran única y exclusivamente para la investigación y el juzgamiento de los delitos cometidos con posterioridad a su vigencia.”

Estos supuestos normativos implican que las normas contenidas en el Código Penal y de Procedimiento Penal deben ser aplicadas a sus destinatarios conforme a su vigencia para el momento de la ocurrencia de uno o varios hechos delictivos, sin que sea posible aplicar leyes que existían antes de ocurridos, ni mucho menos pasar por alto eventuales modificaciones o variaciones que hayan sufrido, con posterioridad a su expedición y vigencia, salvo los casos de aplicación ultractiva o retroactiva favorables.

Si después de ocurridos unos sucesos delictivos, las normas penales a través de las cuales estaban siendo rituados son modificadas y ello comporta beneficios para el destinatario, es claro que deberán ser aplicadas por favorabilidad, por beneficiar los intereses del sujeto pasivo de la acción penal. Tal es el caso, por ejemplo, de disminución de la punibilidad de una determinada conducta punible o la desaparición en el código de una conducta que antes era considerada como punible o de normas procesales sustanciales favorables.

De otra parte, téngase en cuenta que la función de los Jueces de Ejecución de Penas está normada por el Art. 51 de la Ley 65 de 1993 que preceptúa:

“Artículo 51. Modificado por el art. 14, Decreto Nacional 2632 de 2004. Juez de ejecución de penas y medidas de seguridad. El Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad garantizará la legalidad en la ejecución de la sanción penal y en ejercicio de su facultad de ejecución de las sentencias proferidas por los Jueces Penales, conoce:

1. Del cumplimiento de las normas contenidas en este Código y en especial de sus principios rectores.
2. De todo lo relacionado con la libertad del condenado que deba otorgarse con posterioridad a la sentencia, rebaja de penas, redención de pena por trabajo, estudio o enseñanza y extinción de la condena.
3. De la verificación del lugar y condiciones en que se deba cumplir la pena o la medida de seguridad.
4. De la acumulación jurídica de penas en concurso de varias sentencias condenatorias proferidas en procesos distintos contra la misma persona.
5. De la aplicación del principio de favorabilidad cuando debido a una ley posterior, hubiese lugar a reducción o extinción de la pena.
6. Del reconocimiento de la ineficacia de la sentencia condenatoria cuando la norma discriminadora haya sido declarada inexecutable o haya perdido su vigencia.
7. Del aporte de pruebas para el esclarecimiento de los hechos, punibles cometidos en los centros de reclusión, a fin de que sean investigados por las autoridades competentes.”(Subrayado y negrilla de la Sala).

A su vez el Art. 38 de la Ley 906 de 2004 indica:

“Artículo 38. De los jueces de ejecución de penas y medidas de seguridad. Los jueces de ejecución de penas y medidas de seguridad conocen:

(...)

7. De la aplicación del principio de favorabilidad cuando debido a una ley posterior hubiere lugar a reducción, modificación, sustitución, suspensión o extinción de la sanción penal”.

Analizadas estas normas la Sala encuentra que dentro de la competencia y funciones del Juez de Ejecución de Penas éste solo puede reformar la sentencia dando aplicación al principio de favorabilidad cuando debido a una ley posterior hubiere lugar a reducción o extinción de la pena. Es decir que el Juez de Ejecución de penas no cuenta con la posibilidad de reformar, aclarar o modificar la sentencia; sin embargo esto no significa que en ciertos eventos los sujetos procesales no puedan solicitar la modificación de una sentencia circunstancia viable siempre y cuando estas modificaciones hagan referencia a errores aritméticos, al nombre del procesado o condenado o a alguna omisión sustancial en la parte resolutive, que haya sido estudiado por el funcionario judicial en las motivaciones.

Por tanto, lo referido a errores en la dosificación punitiva, no podrá ser objeto de corrección, aclaración o adición de la sentencia -como lo pretende el impugnante-, pues este es aspecto sustancial que una vez en firme, impide su alteración o modificación por el mismo Juez que emitió la decisión o por otro diferente.

El señor Jhon Jairo Rivas Contreras fue condenado el 18 de abril de 2008 por el Juez Tercero Penal del Circuito de Cúcuta, como responsable de los delitos de Homicidio agravado en concurso con Tráfico, fabricación o porte de armas de fuego, por hechos acaecidos el 14 de febrero de 2008, de donde se concluye que para este proceso, debía tenerse en cuenta lo preceptuado por la Ley 599 de 2000 con las modificaciones efectuadas por la Ley 890 de 2004 conforme la ocurrencia fáctica.

La Sala advierte que la sentencia 33.254 del 27 de febrero de 2013 no puede ser aplicada al caso de autos, pues ese pronunciamiento de la Corte no constituye ley en sentido formal ni material, aspecto que hace imposible aplicar el principio de favorabilidad invocado y en el caso de autos ni siquiera ha existido tránsito legislativo favorable al procesado.

Así las cosas, no es posible la modificación de la pena que impuso el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Cúcuta, pues ésta se encuentra debidamente ejecutoriada. Además, como se dijo anteriormente, el Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad carece de competencia

para modificar la decisión o reformar la pena impuesta, pues sus funciones solo hacen relación al control y vigilancia del cumplimiento de la pena impuesta a quien ha sido hallado responsable de una conducta punible, salvo las excepciones relacionadas con la aplicación del principio de favorabilidad.

Insiste la Sala que cuando adviene un nuevo criterio jurisprudencial favorable es pertinente incoar la acción de revisión conforme al numeral 7° del artículo 192 de la ley 906 que prevé “Cuando mediante pronunciamiento judicial, la Corte haya cambiado favorablemente el criterio jurídico que sirvió para sustentar la sentencia condenatoria, tanto respecto de la responsabilidad como de la punibilidad”.

...(...)

MAGISTRADA: Dra LUZ ANGELA MONCADA SUÁREZ

PROVIDENCIA: Apelación Sentencia / 10 de Julio de 2014

RADICACION: 2011-0711

PROCESO: PREVARICATO POR ACCIÓN/ CONTRATO SIN CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS LEGALES/

DENUNCIANTES: Alcaldes de Pauna y Maripí

DENUNCIADO: RAUL ALBERTO CELY ALBA

DESCRIPTOR- RESTRICTORES

PREVARICATO POR ACCIÓN/ URGENCIA MANIFIESTA-DECLARACIÓN-

CONTRATO SIN CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS LEGALES/ CONTRATACIÓN- LICITACIÓN PÚBLICA/

TESIS: ...” La Fiscalía fundamentó la acusación, al igual que el cuestionamiento a la sentencia de primera instancia, en que la declaración de la urgencia manifiesta por el acusado fue ilegal, al no tener competencia para declararla, habiendo usurpado funciones del Gobernador y por no reunirse los presupuestos para su declaratoria, incurriendo en el delito de prevaricato por acción, y por haber contratado en forma directa con soporte de la urgencia manifiesta declarada ilegalmente, obviando los pasos de la contratación por licitación pública, cometiendo el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales.

De conformidad con los hechos jurídicamente relevantes demostrados, la Sala analizará, en primer lugar, si la declaración de la urgencia manifiesta en la resolución 101 del 22 de mayo de 2007 proferida por el acusado en calidad de Secretario de Hacienda del Departamento de Boyacá fue contraria a la ley, y en segundo lugar, si la celebración, ejecución y liquidación del contrato 201 de 2007 para la construcción del puente sobre la quebrada La Piache –vía Pauna-Maripí- se realizó sin el cumplimiento de los requisitos legales esenciales.

- De la declaración de la urgencia manifiesta.

La legislación en contratación pública, ley 80 de 1993, ha regulado la urgencia manifiesta como una excepción al deber general de selección del contratista a través de la licitación pública, en los siguientes términos:

“ARTICULO 42. DE LA URGENCIA MANIFIESTA. Existe urgencia manifiesta cuando la continuidad del servicio exige el suministro de bienes, o la prestación de servicios, o la ejecución de obras en el inmediato futuro; cuando se presenten situaciones relacionadas con los estados de excepción; cuando se trate de conjurar situaciones excepcionales relacionadas con hechos de calamidad o constitutivos de fuerza mayor o desastre que demanden actuaciones inmediatas y, en general, cuando se trate de situaciones similares que imposibiliten acudir a los procedimientos de selección o concursos públicos. (La expresión concursos fue derogada por el artículo 32 de la ley 1150 de 2007)

La urgencia manifiesta se declarará mediante acto administrativo motivado.

PARÁGRAFO. Con el fin de atender las necesidades y los gastos propios de la urgencia manifiesta, se podrán hacer los traslados presupuestales internos que se requieran dentro del presupuesto del organismo o entidad estatal correspondiente.” (El párrafo fue declarado exequible por la Corte Constitucional en sentencia C-772 de 1998, de manera condicionada, y el artículo 42 fue declarado exequible en sentencia C-949 de 2001).

“ARTICULO 43. DEL CONTROL DE LA CONTRATACIÓN DE URGENCIA. Inmediatamente después de celebrados los contratos originados en la urgencia manifiesta, éstos y el acto administrativo que la declaró, junto con el expediente contentivo de los antecedentes administrativos, de la actuación y de las pruebas de los hechos, se enviará al funcionario u organismo que ejerza el control fiscal en la respectiva entidad, el cual deberá pronunciarse dentro de los dos (2) meses siguientes sobre los hechos y circunstancias que determinaron tal declaración. Si fuere procedente, dicho funcionario u organismo solicitará al jefe inmediato del servidor público que celebró los referidos contratos o a la autoridad competente, según el caso, la iniciación de la correspondiente investigación disciplinaria y dispondrá el envío del asunto a los funcionarios competentes para el conocimiento de las otras acciones. El uso indebido de la contratación de urgencia será causal de mala conducta.

Lo previsto en este artículo se entenderá sin perjuicio de otros mecanismos de control que señale el reglamento para garantizar la adecuada y correcta utilización de la contratación de urgencia.”

Frente al alcance de la urgencia manifiesta, la Corte Constitucional en sentencia C-772 de 1998, dijo:

“La "urgencia manifiesta" es una situación que puede decretar directamente cualquier autoridad administrativa, sin que medie autorización previa, a través de acto debidamente motivado. Que ella existe o se configura cuando se acredite la existencia de uno de los siguientes presupuestos: - Cuando la continuidad del servicio exija el suministro de bienes, o la prestación de servicios, o la ejecución de obras en el inmediato futuro. - Cuando se presenten situaciones relacionadas con los estados de excepción. - Cuando se trate de conjurar situaciones excepcionales relacionadas con hechos de calamidad o constitutivos de fuerza mayor o desastre que demanden actuaciones inmediatas y, - En general, cuando se trate de situaciones similares que imposibiliten acudir a los procedimientos de selección o concurso públicos.”

La urgencia manifiesta como presupuesto de la contratación directa, ha sido considerada por la jurisprudencia constitucional³, 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 seguridad industrial, manejo ambiental, etc.; determinar que el valor del contrato se encuentre dentro de los precios del mercado; designar el interventor o

³ Sentencia C-949 de 2001

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, cuando dijo:

“2. La urgencia Manifiesta.

2.1. En materia de contratación estatal, son varios los actos administrativos que se pueden proferir. No obstante, la doctrina y la jurisprudencia suelen distinguir entre los que se producen una vez celebrado el contrato y aquellos que se emiten durante la etapa previa a la suscripción del mismo, los que han sido calificados como actos previos, precontractuales o separables del contrato.

Considera la Sala, que dentro de la categoría de los actos precontractuales se deben incluir aquellos mediante los cuales se declara la urgencia manifiesta, ya que su finalidad es determinar, ordenar o autorizar la celebración de contratos de forma directa, obviando los procedimientos de selección que normalmente deben adelantarse para escoger un contratista. Una de las consecuencias de esta clasificación, es que mientras éstos son susceptibles de control judicial mediante las acciones de simple nulidad o nulidad y restablecimiento del derecho; los otros, esto es, los actos contractuales, serán objeto de control por la jurisdicción a través de la acción contractual.

2.2. La Ley 80 de 1993, artículos 41 a 43 incorporó la figura de la urgencia manifiesta como una modalidad de contratación directa. Se trata entonces de un mecanismo excepcional, diseñado con el único propósito de otorgarle instrumentos efectivos a las entidades estatales para celebrar los contratos necesarios, con el fin de enfrentar situaciones de crisis, cuando dichos contratos, en razón de circunstancias de conflicto o crisis, es del todo imposible celebrarlos a través de la licitación pública o la contratación directa. Es decir, cuando la Administración no cuenta con el plazo indispensable para adelantar un procedimiento ordinario de escogencia de contratistas.

(...)

En conclusión, la contratación por la vía de urgencia no puede ser una contratación abusiva, contraria a los principios de la contratación estatal, es decir, se debe garantizar la transparencia, la selección objetiva, la debida ejecución del contrato y el cumplimiento de las finalidades del mismo, esto es, prestar un buen servicio público a los administrados”.

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 constitucional⁴, 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.

⁴ Corte Constitucional, entre otras, sentencias T-024 de 1996, C-496 de 1998, C-561 de 1999.

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.

Y sobre el objeto de la delegación, a autorización y la improcedencia, expresó:

“b) El objeto de la delegación. La delegación recae sobre la competencia o autoridad que ostenta el delegante para ejercer las funciones de su cargo. La Constitución lo postula y el legislador así lo ha consagrado en diferentes oportunidades⁵. Igualmente la Corte se ha pronunciado sobre la competencia, como objeto de la delegación⁶.

(...)

De otro lado, la jurisprudencia constitucional ha señalado que "La delegación es una técnica de manejo administrativo de las competencias que autoriza la Constitución en diferentes normas (art. 209, 211, 196 inciso 4 y 305), algunas veces de modo general, otras de manera específica, en virtud de la cual, se produce el traslado de competencias de un órgano que es titular de las respectivas funciones a otro, para que sean ejercidas por éste, bajo su responsabilidad, dentro de los términos y condiciones que fije la ley"⁷.

(...)

c) La autorización para delegar. Las autoridades públicas podrán delegar el ejercicio de asuntos expresamente autorizados. Para la delegación presidencial, por ejemplo, el artículo 211 de la Carta Política establece que la ley señalará las funciones que el presidente de la república podrá delegar en los funcionarios que señala el artículo. Esta norma dice también que las autoridades administrativas podrán ser delegantes, en las condiciones que fije la ley.⁸

d) Improcedencia de la delegación. Hay funciones cuyo ejercicio es indelegable, sea porque hay restricción expresa sobre la materia o porque la naturaleza de la función no admite la delegación. Un ejemplo de restricción expresa en materia de delegación se encuentra en la prohibición para que el Vicepresidente de la República asuma funciones de ministro delegatario (C.P., art. 202). También resulta improcedente la delegación para el ejercicio de la actividad o la competencia de la integridad de la investidura presidencial⁹ (22) o cuando la delegación supone transferir aquéllas atribuciones que atañen con el señalamiento de las grandes directrices, orientaciones y la fijación de políticas generales que corresponden como jefe superior de la entidad estatal "pues, lo que realmente debe ser objeto de delegación, son las funciones de mera ejecución, instrumentales u operativas"¹⁰.

⁵ En la sentencia C-082 de 1996, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, la Corte Constitucional declaró exequible el artículo 52 del Decreto Ley 190 de 1995, en el cual se prohíbe la designación de delegados de diputados y concejales en las juntas directivas de las entidades descentralizadas del respectivo departamento, distrito o municipio. En esa oportunidad la Corte señaló en relación con el control político que ejercen las corporaciones públicas: "*El control político del gobierno se radica en el Congreso, pero también en las Asambleas Departamentales y en los Concejos Municipales, en su calidad de órganos elegidos popularmente. La atribución de diferentes funciones públicas a diversos órganos permite un ejercicio eficaz del control político sobre la actividad estatal, con miras a garantizar el cumplimiento de los fines sociales del Estado* (C.P., art. 2)".

⁶ La delegación recae sobre la autoridad o competencia que ostenta el delegante para el ejercicio de las atribuciones o funciones a su cargo. *Cfr.* Ley 80 de 1993, art. 12 y ley 734 de 2002, art. 148.

⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-382 de 2000, M.P. Antonio Barrera Carbonell

⁸ Sobre este aspecto de la delegación, en la sentencia T-705 de 1998, M.P. Carlos Gaviria Díaz, se afirma que el mecanismo de la "*la delegación de funciones en otras autoridades o en los subordinados de aquélla a la cual fueron atribuidas por la Constitución o las leyes, ciertamente está previsto como válido en el Estatuto Superior, pero siempre sometido a la vigencia de ley previa que expresamente autorice la delegación y establezca los recursos que se pueden interponer contra los actos de los delegatarios; así lo establece con claridad el artículo 211 de la Carta Política*".

⁹ Corte Constitucional. Sentencia C-566 de 2000, M.P. Carlos Gaviria Díaz

¹⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-382 de 2000, M.P. Antonio Barrera Carbonell. Así mismo, en la sentencia T-936 de 2001, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, la Corte estima que la función del Procurador General de la Nación consagrada en el artículo 278 numeral 1º de la Constitución Política, es indelegable porque esta competencia " *ii) es exclusiva del Procurador; iii) no existe en la Constitución la autorización para delegarla; iv) aún si quisiera delegarla, ello sería*

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 párrafo 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.

inconstitucional, porque la Carta expresamente dice que es una función que debe ejercer directamente". Además, en relación con la restricción de la delegación, pueden consultarse las sentencias C-214 de 1993, M.P. José Gregorio Hernández Galindo; C-582 de 1997, M.P. José Gregorio Hernández Galindo; C-272 de 1998, M.P. Alejandro Martínez Caballero y C-496 de 1998, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

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 condena¹¹, 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.”

¹¹ 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.

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:

“(…) Consideramos, finalmente, que ante las paradojas producidas por la norma improvidentemente redactada, podría acudir 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 *ratione 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 *ratione 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 parágrafo 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.

...(...)

MAGISTRADO: 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”¹².

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”¹³

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 jurisprudencia¹⁴ 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

¹² Corte Constitucional, sentencia C-617 de 1996.

¹³ Corte Suprema de Justicia, providencia de junio 30 de 2010, radicación 33658, M. P. Julio E. Socha Salamanca.

¹⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Auto del 21 de septiembre de 2010, rad. 33901, M.P. Jorge Luis Quintero Milanés.

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.

...(...)

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 fáctica¹⁵. Y una formulación de imputación o de acusación, ambigua y por consiguiente anfíbológica, 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
DEMANDANTE: ORLANDO ROJAS CELY Y OTROS
DEMANDADO: SUCESIÓN DE CARLOS HUMBERTO FANDIÑO

DESCRIPTOR- RESTRICTORES/

¹⁵ 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/ INTERRUPCION DE TÉRMINOS/ -GARANTÍAS FUNDAMENTALES/ DEBIDO PROCESO/

INCIDENTE DE NULIDAD/ MECANISMO REMEDIAL/

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 tramite 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”.¹⁶

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

¹⁶ “Derecho Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social. Colegio de Abogados del Trabajo de Colombia, Editorial Legis, Enero 2014, pág. 139.

tanto la cosa le sea devuelta porque ha pagado el crédito que se le cobra o hasta tanto pase a 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 acreedores¹⁷.

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"¹⁸.

¹⁷ Tomado de "TRABAJOS SOBRE EL EMBARGO Y LA POSESION" del Dr. HECTOR E. QUIROGA CUBILLOS, de la página web <http://www.icdeco/revista/articulos>.

¹⁸ VELASQUEZ Jaramillo Luís Guillermo, Bienes, Editorial Temis, Quinta Edición, p.56

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 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
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 CC¹⁹.

Para cimentar esta determinación vale la pena traer a colación el análisis realizado en el salvamento de voto presentado por el magistrado GUSTAVO GÑECCO 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 por qué 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).

¹⁹ “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”²⁰, 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 Justicia²¹. 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 2007²²; el estado de cuenta del actor indica en su parte superior derecha que su fecha de retiro fue el “12/02/2007”²³, al igual que el informe tributario detallado del período de enero a diciembre del 2007²⁴.

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.”²⁵ (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” impropriamente manifestó que condenaba a la demandada al pago de una suma de dinero que allí 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.

²⁰ Folios 365-369.

²¹ Sala de Casación Laboral. Expediente No. 25580, 22 de marzo de 2006. M.P. Dr. EDUARDO LOPEZ VILLEGAS.

²² Folios 20-47, 64-72 y 45-57.

²³ Folio 151.

²⁴ Folio 175-177.

²⁵ Sentencia del 05 de agosto de 2009, M.P. Dr. LUIS JAVIER OSORIO LOPEZ.

Pago de los aportes en salud y riesgos profesionales.

De acuerdo al certificado emanado de la EPS SALUDCOOP²⁶ 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 2012²⁷.

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.”²⁸

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 ellos²⁹, 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

²⁶ Folio 317.

²⁷ “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.”

²⁸ Sentencia C-575 de 1992, M.P. Dr. ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO.

²⁹ 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”.

ocasionados al actor al no haber podido acceder al subsidio en especie pero, obviamente, dichos 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.”³⁰.

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 PUJOLS³¹, 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

³⁰ Sentencia del 11 de julio de 2000, Rad. 13467. M.P. Dr. CARLOS ISAAC NADER.

³¹ 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.

desarrollo de los principios protectores del trabajo humano. Y fue precisamente la 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 2007³², 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 partes³³. 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/

³² 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

³³ Folios 7-10.

INDEMNIZACIÓN MORATORIA/ SANCIÓN A CARGO DEL EMPLEADOR

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 Sala³⁴ 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 1995:³⁵

“(…) 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

³⁴ 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.

³⁵ Radicado 73001-23-31-000-2004-01302-02(1872-07), Consejero Ponente GERARDO ARENAS MONSALVE.

la Administración y a favor del trabajador, correspondiente a un día de salario por 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 2012³⁶

...(...)

³⁶ 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 Auto / 31 de Julio de 2014
RADICACION: 2014-235
PROCESO: EJECUTIVO LABORAL
DEMANDANTE: ROSA AURORA ARIAS CASTRO
DEMANDADO: EMCOOP LTDA

DESCRIPTOR- RESTRICTORES

EJECUTIVO LABORAL/ EJECUCIÓN DE LA SENTENCIA/ LIQUIDACIÓN DEL CRÉDITO/

EJECUTIVO LABORAL/- Embargo y Retención de Dineros/ Contratos de Ingeniería Civil/

EJECUTIVO LABORAL/ Medidas Cautelares – Prelación de Créditos/

TESIS...” ... hay que señalar que aunque el numeral 4º del artículo 684 del Código de Procedimiento Civil establece que son inembargables *“Las sumas que para la construcción de obras públicas se hayan anticipado o deban anticiparse por las entidades de derecho público a los contratistas de ellas, mientras no hubiere concluido su construcción, excepto cuando se trate de obligaciones en favor de los trabajadores de dichas obras, por salarios, prestaciones e indemnizaciones sociales”*, sería ilógico ordenar el embargo del valor total del AIU (Administración – Imprevistos - Utilidades) establecido en el contrato 2013458, suscrito entre el municipio de Sogamoso y la Empresa demandada, porque este incluye la totalidad de los costos indirectos en que incurre el contratista para la terminación de la obra contratada, los imprevistos (como en este caso la sanción que menciona el demandante le fue impuesta a la demandada) y las utilidades que genere la obra a favor de ENCOOP LTDA.

Recuérdese que el AIU cuya sigla traduce ADMINISTRACIÓN, IMPREVISTOS Y UTILIDAD, que se utiliza en contratos de ingeniería civil y arquitectura, con el fin de reconocer los importes (costos) o gastos de ejecución indirectos de un proyecto (administración) y hacer las reservaciones necesarias para cubrir los posibles imprevistos que genere la ejecución buscando cubrir los riesgos inherentes a la obra, los que se determinan según la naturaleza de la obra a realizar y la utilidad que el contratista espera obtener, y se pacta en los contratos atendiendo al principio de autonomía de la voluntad de las partes, porque no está regulado legalmente.

Por lo tanto, el decretar el embargo sobre el valor total del AIU afecta el presupuesto del contrato impidiendo su terminación en la forma pactada, porque al estar embargados los recursos del contrato destinados a administración (honorarios, impuestos, costos de personal, arrendamientos, costos de oficina, dotación en general) e imprevistos, retarda su ejecución, con las consecuencias conocidas por el demandante como son las sanciones por incumplimiento, haciéndolo oneroso e interminable, porque se avocaría a la demandada a buscar formas de financiar el proyecto que de antemano se sabe no va a ser rentable, desmotivando al contratista para su culminación, en perjuicio de todos los acreedores.

Sobre el AIU el Consejo de Estado, en sentencia del 31 de agosto de 2011, expediente 18080, C.P. RUTH STELLA CORREA PALACIO, señaló:

“El denominado concepto de Administración, Imprevistos y Utilidad -A.I.U.- que se introduce en el valor total de la oferta y de frecuente utilización en los contratos de tracto sucesivo y ejecución periódica, como en los de obra corresponde a: i) los costos de administración o costos indirectos para la operación del contrato, tales como los gastos de disponibilidad de la organización del contratista, esto es: “A”; ii) los imprevistos, que es el porcentaje destinado a cubrir los gastos con los que no se contaba y que se presenten durante la ejecución del contrato, esto es: “I”; iii) la utilidad o el beneficio económico que pretende percibir el contratista por la ejecución del contrato, esto es: “U”. A partir de esta discriminación, reiteradamente ha dicho esta Corporación que frente a la utilidad esperada -lucro cesante-, esta se limita precisamente sólo a la utilidad y no a los demás conceptos que conforman el A.I.U. del valor total de la oferta, como lo son la administración y los imprevistos, pues en realidad los mismos no hacen parte de la ganancia o remuneración o utilidad que por sus servicios percibe el contratista”³⁷.

Acorde con lo anterior, no es procedente ordenar el embargo sobre la totalidad del AIU, como lo pretende el demandante, sino únicamente sobre la utilidad que perciba la demandada en desarrollo

³⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 28 de agosto de 2003, exp.17.554, C.P. Ramiro Saavedra Becerra. En similar sentido, sentencia de 11 de diciembre de 2003, exp. 16433, C.P. Ricardo Hoyos Duque.

del contrato de obra No. 2013458, suscrito entre la entidad demandada y el municipio de Sogamoso.

Sin embargo, teniendo en cuenta que el artículo 157 del Código Sustantivo del Trabajo establece la prelación de créditos por salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones laborales, al indicar que *“Los créditos causados o exigibles de los trabajadores por concepto de salarios, las cesantías y demás prestaciones sociales e indemnizaciones laborales pertenecen a la primera clase que establece el artículo 2495 del Código Civil y tienen privilegio excluyente sobre todo los demás.”*, se modificará el inciso sexto de la providencia de primera instancia en el sentido de señalar que los créditos laborales de los demandantes tienen prelación sobre cualquiera otra obligación que tenga o adquiera la parte demandada; salvo lo dispuesto en el artículo 134 del Código de la Infancia y la Adolescencia.

...(…)...

CONSEJO EDITORIAL

DR. JOSÉ ALBERTO PABÓN ORDOÑEZ
PRESIDENTE

DR. HORACIO TOLOSA AUNTA
VICEPRESIDENTE

DR. MARCO AURELIO CELY
SECRETARIO GENERAL

SANDRA LILIANA MENDOZA JIMÉNEZ
RELATORA

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

Correo Electrónico: reltribsuptun@gmail.com