



Tribunal Superior de Tunja

Boletín de Relatoría

“La misión de la Relatoría y del relator ,
es formadora, jurídicamente enaltecedora
y profesionalmente enriquecedora.”

| 2º semestre de 2015 |





Tribunal Superior Tunja

Presidenta
María Isbelia Fonseca González

Vicepresidente
José Horacio Tolosa Aunta

SALA LABORAL

(Presidenta)
Fanny Elizabeth Robles Martínez
(Vicepresidente)
Jorge Eduardo Ramírez Amaya
María Isbelia Fonseca González

SALA PENAL

(Presidente)
Edgar Kúrmen Gómez
(Vicepresidente)
José Alberto Pabón Ordoñez
Cándida Rosa Araque de Navas
Luz Ángela Moncada Suárez

SALA CIVIL FAMILIA

(Presidenta)
Adriana Saavedra Lozada
(Vicepresidenta)
María Julia Figueredo Vivas
María Romero Silva
José Horacio Tolosa Aunta

SALA MIXTA ASUNTOS PENALES PARA ADOLESCENTES

Cándida Rosa Araque de Navas
Luz Ángela Moncada Suárez
José Alberto Pabón Ordoñez
Edgar Kúrmen Gómez
María Julia Figueredo Vivas
María Romero Silva
José Horacio Tolosa Aunta

Índice Temático

Sala Laboral



EJECUTIVO/Nulidades /Vulneración debido proceso.
EJECUTIVO/Taxatividad—Nulidad de Nulidad.



EJECUTIVO/Ejecución de la sentencia/proceso ordinario.
EJECUTIVO/Liquidación del crédito/tasa de interés efectiva/tasa de interés nominal.

CULPA PATRONAL/Perjuicios/ acoso laboral – maltrato laboral.
CULPA PATRONAL/Cuando la entidad demandada omite los deberes de protección con el empleado.
CULPA PATRONAL/Perjuicios materiales/ perjuicios fisiológicos/vida laboral probable – cálculo.
CULPA PATRONAL/Indemnización de perjuicios/ lucro cesante -daño emergente.
CULPA PATRONAL/Prescripción – cómputo desde el momento en que el afectado está razonablemente posibilitado para reclamar cada uno de los eventuales derechos pretendidos.



CONTRATO DE TRABAJO/Relación Laboral – Prestación del Servicio.
CONTRATO DE TRABAJO/Indemnización Moratoria – Indexación – No hay lugar a su reconocimiento en forma concomitante.
CONTRATO DE TRABAJO/Sanción Moratoria/ No pago de las cesantías dentro del término legal.
CONTRATO DE TRABAJO/Aplicación de la sanción Moratoria/ Buena fe del empleador- Eximente de responsabilidad.



EJECUTIVO LABORAL/MEDIDAS CAUTELARES /Debe mediar solicitud del demandante denunciando bajo juramento los bienes de propiedad del demandado.
EJECUTIVO LABORAL/MEDIDAS CAUTELARES /Embargo y Retención de dineros depositados en entidad bancaria ejecutada.
EJECUTIVO LABORAL/MEDIDAS CAUTELARES /Embargo de Recursos públicos cuando existen acreencias de naturaleza laboral es procedente.
EJECUTIVO LABORAL/MEDIDAS CAUTELARES /Inembargabilidad de recursos públicos no es absoluta.

Sala Penal



HOMICIDIO/Presupuestos del juez para dictar sentencia / sentencia – anticipada.
HOMICIDIO/Dosificación de la pena - reglas y criterios - / atenuantes –agravantes.
HOMICIDIO/Suspensión condicional de la ejecución de la pena/ requisitos.



HOMICIDIO/Elementos materiales de prueba/ evidencia física/ oportunidad- descubrimiento.
HOMICIDIO/Rechazo y decreto de pruebas/ descubrimiento de pruebas.
HOMICIDIO/Presupuesto legal/ decreto de pruebas/ audiencia preparatoria.



Tribunal Superior Tunja

Presidenta
María Isbelia Fonseca González

Vicepresidente
José Horacio Tolosa Aunta

SALA LABORAL

(Presidenta)
Fanny Elizabeth Robles Martínez
(Vicepresidente)
Jorge Eduardo Ramírez Amaya
María Isbelia Fonseca González

SALA PENAL

(Presidente)
Edgar Kúrmen Gómez
(Vicepresidente)
José Alberto Pabón Ordoñez
Cándida Rosa Araque de Navas
Luz Ángela Moncada Suárez

SALA CIVIL FAMILIA

(Presidenta)
Adriana Saavedra Lozada
(Vicepresidenta)
María Julia Figueredo Vivas
María Romero Silva
José Horacio Tolosa Aunta

SALA MIXTA ASUNTOS PENALES PARA ADOLESCENTES

Cándida Rosa Araque de Navas
Luz Ángela Moncada Suárez
José Alberto Pabón Ordoñez
Edgar Kúrmen Gómez
María Julia Figueredo Vivas
María Romero Silva
José Horacio Tolosa Aunta

Índice Temático



TRÁFICO, FABRICACIÓN Y PORTE DE ESTUPEFACIENTES/Prisión domiciliaria/ sustitución medida.

TRÁFICO, FABRICACIÓN Y PORTE DE ESTUPEFACIENTES/Prisión domiciliaria/ madre cabeza de familia/ interés de los menores.

TRÁFICO, FABRICACIÓN Y PORTE DE ESTUPEFACIENTES/Madre cabeza de familia – condición de madre o padre de familia/ se debe verificar que el delito objeto de condena no sea incompatible con el interés superior del menor.



TRÁFICO, FABRICACIÓN Y PORTE DE ESTUPEFACIENTES/Circunstancias de agravación.

TRÁFICO, FABRICACIÓN Y PORTE DE ESTUPEFACIENTES/Exclusión elementos materiales de prueba.

TRÁFICO, FABRICACIÓN Y PORTE DE ESTUPEFACIENTES/Ausencia de expectativa/ derecho a la intimidad – vehículos automotores.

Sala Civil Familia



ACCIÓN DE TUTELA/Debido proceso – procedencia excepcional.

ACCIÓN DE TUTELA/Seguridad jurídica .

ACCIÓN DE TUTELA/Acceso administración de justicia.

ACCIÓN DE TUTELA/Patrimonio público.



ACCIÓN DE SIMULACIÓN/Existencia del negocio secreto – verdadera voluntad de las partes.

ACCIÓN DE SIMULACIÓN/Capacidad de los contratantes/ causa lícita-objeto lícito.

ACCIÓN DE SIMULACIÓN/Indicios/ manifestación pública de la voluntad de las partes debe ser disfrazada.



AGRARIO DE PERTENENCIA/Prescripción adquisitiva de dominio – usucapión.

AGRARIO DE PERTENENCIA/Prescripción extintiva de dominio – liberatoria.

AGRARIO DE PERTENENCIA/Suma de posesiones/la posesión puede ser ejercida a través de dependientes.



RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL/Elementos Axiológicos/ Presupuestos Normativos / Responsabilidad Civil.

RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL/Concurrencia de Culpas – Actividades Peligrosas.

RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL/Indemnización de Perjuicios/ Perjuicios Materiales- Perjuicios Morales.

Sala Laboral



Ejecutivo

Nulidades /Vulneración debido proceso.

Taxatividad—Nulidad de Nulidad.

MAGISTRADO: Dr. Jorge Eduardo Ramírez Amaya.
PROVIDENCIA: Apelación Providencia / 28 de Mayo de 2015.
CLASE DE PROCESO: Ejecutivo.
DEMANDANTE: Libardo Buitrago Buitrago.
DEMANDADO: Esteban Buitrago Molina.
RADICACION: 2015-018

TESIS: ..." Se tiene que las nulidades son irregularidades que se presentan en el marco de un proceso, que vulneran el debido proceso y que, por su gravedad, el legislador –y excepcionalmente el constituyente- les ha atribuido la consecuencia –sanción- de invalidar las actuaciones surtidas. A través de su declaración se controla entonces la validez de la actuación procesal y se asegura a las partes el derecho constitucional al debido proceso.

Nuestro sistema procesal, como se deduce del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil, ha adoptado un sistema de enunciación taxativa de las causales de nulidad. La taxatividad de las causales de nulidad significa que sólo se pueden considerar vicios invalidadores de una actuación aquellos expresamente señalados por el legislador y, excepcionalmente, por la Constitución, como el caso de la nulidad que se presenta por práctica de una prueba con violación del debido proceso. Cualquier otra irregularidad no prevista expresamente deberá ser alegada mediante los recursos previstos por la normativa procesal, pero jamás podrá servir de fundamento de una declaración de nulidad. En este sentido, la Corte expresó lo siguiente en la sentencia C-491 de 1995:

"El Código de Procedimiento Civil que nos rige con un criterio que consulta la moderna técnica del derecho procesal, señala la taxatividad de las causales de nulidad, es decir, de los motivos que dan lugar a invalidar un acto procesal, y el principio de que no toda irregularidad constituye nulidad, pues éstas se entienden subsanadas si oportunamente no se corrigen a través de los recursos."



Ver
Providencia



S A L A L A B O R A L

Ahora bien, el sistema restringido –taxativo– de nulidades se ajusta a la Constitución, por cuanto garantiza los principios de seguridad jurídica y celeridad procesal. En este sentido, en la sentencia C-491 de 1995, la Alta Corporación Constitucional sostuvo que “pese a que el artículo 29 superior establece los fundamentos básicos del derecho al debido proceso, corresponde al legislador, dentro de su facultad discrecional y con arreglo a los principios constitucionales, desarrollar a través de las correspondientes fórmulas las formas procesales que deben ser cumplidas para asegurar su vigencia. En tal virtud, la regulación del régimen de nulidades es un asunto que atañe en principio al legislador, el cual puede señalar, de conformidad con el principio de la proporcionalidad y los demás principios constitucionales, las causales de nulidad.

El legislador eligió un sistema de causales taxativas de nulidad con el fin de preservar los principios de seguridad jurídica y celeridad en los procesos judiciales. En efecto, este sistema permite presumir, acorde con los principios de legalidad, buena fe y respeto por el acto propio que rigen las actuaciones de las autoridades públicas, la validez de los actos procesales, mientras no se declare su nulidad con arreglo a una de las causales específicamente previstas en la ley. *“(…) De este modo, se evita la proliferación de incidentes de nulidad, sin fundamento alguno, y se contribuye a la tramitación regular y a la celeridad de las actuaciones judiciales, lo cual realiza el postulado del debido proceso, sin dilaciones injustificadas.”*¹

La naturaleza taxativa de las nulidades procesales se manifiesta en dos dimensiones: En primer lugar, de la naturaleza taxativa de las nulidades se desprende que su interpretación debe ser restrictiva. En segundo lugar, el juez sólo puede declarar la nulidad de una actuación por las causales expresamente señaladas en la normativa vigente y cuando la nulidad sea manifiesta dentro del proceso. Es por ello que en reiteradas oportunidades tanto esta Corte, como el Consejo de Estado han revocado autos que declaran nulidades con fundamento en causales no previstas expresamente por el artículo 140 del Código de Procedimiento Civil o el artículo 29 de la Constitución.²

No hay duda para la Sala que lo perseguido por el ejecutado, no es otro asunto diferente a dejar sin efectos jurídicos la decisión proferida en esta instancia el 14 de noviembre de 2014, por medio del cual se decretó la nulidad de todo lo actuado en el proceso ejecutivo con radicación 2007 – 009 con posterioridad al auto que libró mandamiento de pago, proferido por el Juzgado Primero Laboral de Tunja.

Situación que se advierte contraria a derecho, pues no es jurídicamente posible declarar la nulidad, de una decisión que resuelve sobre una nulidad, es decir no hay nulidad de nulidad, incurriendo en cambio en la causal 3 del artículo 140 del C.P.C.

Una decisión en la que el juez se aparta de la normativa no sólo le despoja de legitimidad, sino que vulnera el derecho de defensa y la confianza legítima de las partes interesadas en las actuaciones judiciales, pues éstas son sorprendidas con la aplicación de normas distintas a las que previeron serían tenidas en cuenta en el caso. Al respecto, afirmó la Corte en la sentencia T-405 de 2005: *“Si bien esas normas preexisten a sus actos, desconocen si ellas serán o no respetadas por los jueces en un litigio eventual. De este modo, la incertidumbre se cierne sobre las relaciones sociales y el derecho pierde su capacidad como elemento de cohesión social.”*

¹ Sentencia C-491 de 1995.

² Sentencia T – 125 de 2010



S
A
L
A

L
A
B
O
R
A
L



Ver
Providencia

Ejecutivo

Ejecución de la sentencia/proceso ordinario.

Liquidación del crédito/tasa de interés efectiva/tasa de interés nominal.

MAGISTRADO: Dr. Jorge Eduardo Ramírez Amaya

PROVIDENCIA: Apelación AUTO / 20 de Mayo de 2015.

CLASE DE PROCESO: EJECUTIVO

DEMANDANTE: CARLOS GILBERTO VARGAS VILLAMIL

DEMANDADO: CONSORCIO E Y E INGENIEROS/ INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS

RADICACIÓN: 2015 - 062

TESIS: ... "El *a quo* sostuvo que la liquidación del crédito presentada por la parte ejecutante es inconsistente, teniendo en cuenta que se aplicó una tasa de intereses efectiva siendo la correcta una tasa de interés nominal, adoptando la elaborada por la profesional universitaria adscrita al juzgado.

Frente al problema en estudio, es decir si la liquidación del crédito se encuentra ajustada a derecho, la Sala retoma los argumentos que sobre el tema ha adoptado V gr. en el proceso ejecutivo 2013 – 331 con ponencia de la Dra. FANNY ELIZABETH ROBLES MARTINEZ, siendo pertinente, antes de realizar la liquidación y cotejar las mismas para determinar si existen falencias o inexactitudes entre la liquidación aprobada por el juzgado y la presentada por el demandante, definir algunos conceptos. Para ello nos guiaremos por las explicaciones contenidas en el documento de trabajo denominado "CONDENAS DINERARIAS EN LAS SENTENCIAS CIVILES Y COMERCIALES", editado por la Escuela Judicial "Rodrigo Lara Bonilla".³

Así, el art. 884 del C. Co. establece las tasas máximas legales remuneratorias y moratorias estableciendo las primeras en el interés bancario corriente y las segundas en una y media vez aquel. Dicho interés se define como "El aplicado por las entidades crediticias en sus operaciones de crédito en una plaza, durante un lapso de tiempo determinado y corresponde entonces al interés promedio cobrado como práctica general, uniforme y pública en cuanto al pacto de intereses en el crédito ordinario otorgado por los establecimientos bancarios".⁴

Esa tasa corresponde a la llamada "**tasa efectiva anual**" pues la ley financiera colombiana determina que cuando los bancos se refieran a una tasa sin calificarla, debe entenderse que se trata de tasa efectiva. Dicha tasa efectiva es aquella que, además de reflejar los costos del dinero en una operación, expresa un método de cálculo universalmente aceptado para determinar la tasa de interés que corresponde a una obligación de dinero pero teniendo en cuenta cada uno de los momentos precisos de pago, liquidación o corte y el número de éstos a lo largo de la operación, pues estos aspectos inciden en el costo del dinero que por cualquier concepto se mueve física o contablemente

³ Plan nacional de formación y capacitación de la rama judicial. EDUARDO BURBANO TORRES. 2002.

⁴ Consejo de Estado. Sala de consulta civil. Radicado 1276 Respuesta de 5 de julio de 2000. Ponente Cesar Hoyos Salazar.



durante el transcurso de una operación de crédito.⁵

El **Interés nominal**, por su parte, es “el interés que expresa la tasa de interés constante que se debe emplear cuantitativamente para liquidar una obligación en cada uno de sus periodos o en el plazo anual o el total. (Ej: 3% mensual vencido, que implica que cada periodo mensual se aplica esa cifra numérica y porcentual al principal; o el 36% pagadero anual vencido, que implica la suma de tasas constantes mensuales del 3%.) Es, pues, el interés que se ha declarado pagar por una suma de dinero en la medida que es el que se usa para cada liquidación, corte o pago”. Corresponde a una tasa constante, en tanto que la tasa efectiva anual corresponde a una función exponencial.

Ello nos lleva a tratar el tema de las **tasas equivalentes** que “Son tasas que expresan el costo del dinero según su ubicación de pago, liquidación o corte en el tiempo.”.

Y justamente, algunos de los principales supuestos en los que se aplican las tasas equivalentes son:

- para establecer la correspondencia entre una tasa que recoge una utilidad de periodos con uno o algunos de los que componen dicha totalidad. (Ej: trasladar una tasa anual a periodos mensuales, trimestrales o semestrales) y,
- para determinar la correspondencia entre la tasa correspondiente con uno o algunos periodos, cuando es llevada a mas periodos. (Ej: llevar una tasa expresada para un mes a trimestre, semestre o año).

Así entonces, se concluye que la conversión de una tasa efectiva anual a una tasa mensual debe hacerse conservando la equivalencia de las mismas, esto es, garantizando que el costo del dinero corresponda al momento de pago, de liquidación y de corte, lo que impide simplemente dividirla entre doce.

Sobre el punto, la Superintendencia financiera de Colombia, en Concepto No. 2008079262-001 del 2 de enero de 2009 señaló:

“(…) es del caso advertir que la certificación del interés bancario corriente expedida por esta Superintendencia se encuentra expresada en una tasa efectiva anual y como corresponde a una función exponencial, para calcular la equivalencia de la misma en períodos distintos al de un año (meses o días), **no se puede dividir por un denominador, sino que se hace necesario acudir a las siguientes fórmulas matemáticas:**

Para calcular la tasa efectiva mensual:

$$(((1+ i)^{(1/12)}-1))*100$$

Donde i = tasa efectiva anual

⁵ Su monto resulta de la aplicación de la fórmula matemática que tiene en cuenta dos elementos: “1. Que el dinero en un sistema económico está en función del costo beneficio para ambas partes en relación contractual: para el prestamista el beneficio de los intereses y para el deudor, el beneficio de uso; para el acreedor, el costo de no disfrutar de ese dinero por el tiempo del préstamo, para el deudor, el costo de los dineros que entrega al acreedor por concepto de intereses. En fin, para el acreedor tener dineros disponibles al deudor le implica pagar intereses a los ahorradores o dejar de prestarlos con rendimientos a otros solicitantes; para el deudor pagarle intereses al acreedor le impone obtenerlos de otros acreedores o dejar de usarlos en su satisfacción. 2. Por lo mismo, todos los movimientos de dinero a lo largo de la operación deben ser reconocidos tanto en su costo como en su oportunidad y, se podrá imputar, a favor de quien hace el desembolso”.



S
A
L
A

L
A
B
O
R
A
L

Para calcular la tasa efectiva diaria:

$$((1+i)^{(1/360)}-1))*100$$

Donde i = tasa efectiva anual (...)"

Ahora, encuentra la Sala que en las liquidaciones que son objeto de controversia, esto es, la presentada por el demandante y la realizada por el Despacho, se ha tomado la misma tasa de interés ordinaria certificada por la Superintendencia Financiera de Colombia, incrementada por 1.5 veces para hallar el interés moratorio; la diferencia entre una liquidación y otra, está en la manera como se convierte la tasa efectiva a una tasa mensual pues, mientras la demandante divide directamente la tasa efectiva anual en 12, el Despacho, teniendo en cuenta que la tasa efectiva anual es una función exponencial y por tal razón matemáticamente no se permite la simple división por un denominador, es necesario acudir al procedimiento señalado por la Superintendencia Financiera de Colombia donde a partir de una tasa de interés efectiva anual se halló una tasa de interés mensual o diaria aplicable. En razón a esto, según los argumentos esgrimidos al resolver el recurso de apelación⁶, el Despacho utilizó la fórmula $In=((1+i)^{(1/12)}-1)) \times 100$, con la cual estableció la liquidación inmersa en el cuadro visible a folios 46 y 47, determinando lo siguiente:

Inicio Intereses moratorios: 16 de octubre de 2008.

Terminación de intereses moratorios: 5 de febrero de 2014.

Total intereses moratorios.....\$38.556.526.52

Capital.....\$29.073.550

Costas de primera instancia.\$ 2.100.000

Total crédito.....\$69.730.076.52

Ahora bien, si la parte actora pretende aplicar la fórmula matemática de dividir simplemente la tasa efectiva anual entre los periodos de tiempo necesarios, meses o días, debe proceder primero a transformar la tasa efectiva anual en una tasa nominal anual, ya que en lo expuesto anteriormente se evidencia que la tasa efectiva anual contiene el componente de capitalización de intereses y la tasa nominal elimina este factor.

Para lo cual la formula a aplicar es:

$$In = (((1+i)^{(1/12)}-1)) \times 100 \times 12 \text{ donde In es interés nominal}$$

$$\text{Interés mensual} = In/12$$

$$\text{Interés diario} = In/360$$

⁶ Fls. 60 a 62



No obstante antes de aplicar las formulas, al cotejar la liquidación presentada por el apoderado de la parte ejecutante visible a folios (19 a 21), la realizada por la profesional adscrita al Despacho, a folios (46 y 47), y la realizada por esta Colegiatura, la Sala advierte lo siguiente:

En primer lugar a folios 1 y 2 se observa que el a quo libró mandamiento de pago por el capital de \$29.073.550, valor que tuvo en cuenta la profesional adjunta al juzgado en la liquidación presentada (fls. 46 y 47), y no de \$29.073.500 que erradamente tomó el recurrente (fls. 19 y 20). En segundo lugar, en el ya referido mandamiento de pago se ordenó cancelar la sanción moratoria a razón de los intereses moratorios a partir del 16 de octubre de 2008, hasta cuando se verifique el pago total de la obligación, circunstancia que no ha ocurrido, luego se debe tomar como fecha final de la liquidación el día de su presentación por parte del ejecutante, es decir, 5 de febrero de 2014 (fl. 21); sin embargo, en la liquidación presentada por el ejecutante tomó los meses de octubre de 2008 y febrero de 2014 completos y no como acertadamente lo hizo la profesional adjunta al juzgado en la referida liquidación; y tercero el ejecutante para los intereses corrientes anuales correspondientes a los meses de octubre a diciembre de 2011 tuvo en cuenta el interés de 19,30 cuando lo correcto es 19,39 (fl. 20), como de manera ajustada lo llevo a cabo la ya citada profesional en la liquidación que presentó al juzgado (fl. 46).

Aplicadas estas fórmulas al caso que nos ocupa tenemos:

AÑO	MES	INTERES CORRIENTE ANUAL	CAPITAL	INTERES MORATORIO EFECTIVO ANUAL	INTERES MORATORIO NOMINAL ANUAL	INTERESES
2008	16 Octubre	21,02	29.073.550	0,3153	0,02310153	335.821,77
2008	Noviembre	21,02	29.073.550	0,3153	0,02310153	671.643,54
2008	Diciembre	21,02	29.073.550	0,3153	0,02310153	671.643,54
2009	Enero	20,47	29.073.550	0,3071	0,02256522	656.051,02
2009	Febrero	20,47	29.073.550	0,3071	0,02256522	656.051,02
2009	Marzo	20,47	29.073.550	0,3071	0,02256522	656.051,02
2009	Abril	20,28	29.073.550	0,3042	0,02237923	650.643,54
2009	Mayo	20,28	29.073.550	0,3042	0,02237923	650.643,54
2009	Junio	20,28	29.073.550	0,3042	0,02237923	650.643,54
2009	Julio	18,65	29.073.550	0,2798	0,02076811	603.802,76
2009	Agosto	18,65	29.073.550	0,2798	0,02076811	603.802,76
2009	Septiembre	18,65	29.073.550	0,2798	0,02076811	603.802,76
2009	Octubre	17,28	29.073.550	0,2592	0,01939201	563.794,64
2009	Noviembre	17,28	29.073.550	0,2592	0,01939201	563.794,64
2009	Diciembre	17,28	29.073.550	0,2592	0,01939201	563.794,64
2010	Enero	16,14	29.073.550	0,2421	0,01823115	530.044,33



S
A
L
A

L
A
B
O
R
A
L

AÑO	MES	INTERES CORRIENTE ANUAL	CAPITAL	INTERES MORATORIO EFECTIVO ANUAL	INTERES MORATORIO NOMINAL ANUAL	INTERESES
2010	Febrero	16,14	29.073.550	0,2421	0,01823115	530.044,33
2010	Marzo	16,14	29.073.550	0,2421	0,01823115	530.044,33
2010	Abril	15,31	29.073.550	0,2297	0,01737671	505.202,74
2010	Mayo	15,31	29.073.550	0,2297	0,01737671	505.202,74
2010	Junio	15,31	29.073.550	0,2297	0,01737671	505.202,74
2010	Julio	14,94	29.073.550	0,2241	0,01699326	494.054,40
2010	Agosto	14,94	29.073.550	0,2241	0,01699326	494.054,40
2010	Septiembre	14,94	29.073.550	0,2241	0,01699326	494.054,40
2010	Octubre	14,21	29.073.550	0,2132	0,01623202	471.922,47
2010	Noviembre	14,21	29.073.550	0,2132	0,01623202	471.922,47
2010	Diciembre	14,21	29.073.550	0,2132	0,01623202	471.922,47
2011	Enero	15,61	29.073.550	0,2342	0,01768646	514.208,12
2011	Febrero	15,61	29.073.550	0,2342	0,01768646	514.208,12
2011	Marzo	15,61	29.073.550	0,2342	0,01768646	514.208,12
2011	Abril	17,69	29.073.550	0,2654	0,01980598	575.830,25
2011	Mayo	17,69	29.073.550	0,2654	0,01980598	575.830,25
2011	Junio	17,69	29.073.550	0,2654	0,01980598	575.830,25
2011	Julio	18,63	29.073.550	0,2795	0,02074817	603.222,95
2011	Agosto	18,63	29.073.550	0,2795	0,02074817	603.222,95
2011	Septiembre	18,63	29.073.550	0,2795	0,02074817	603.222,95
2011	Octubre	19,39	29.073.550	0,2909	0,021503	625.168,67
2011	Noviembre	19,39	29.073.550	0,2909	0,021503	625.168,67
2011	Diciembre	19,39	29.073.550	0,2909	0,021503	625.168,67
2012	Enero	19,92	29.073.550	0,2988	0,02202579	640.368,02
2012	Febrero	19,92	29.073.550	0,2988	0,02202579	640.368,02
2012	Marzo	19,92	29.073.550	0,2988	0,02202579	640.368,02
2012	Abril	20,52	29.073.550	0,3078	0,0226141	657.472,25
2012	Mayo	20,52	29.073.550	0,3078	0,0226141	657.472,25
2012	Junio	20,52	29.073.550	0,3078	0,0226141	657.472,25
2012	Julio	20,86	29.073.550	0,3129	0,02294583	667.116,81

AÑO	MES	INTERES CORRIENTE ANUAL	CAPITAL	INTERES MORATORIO EFECTIVO ANUAL	INTERES MORATORIO NOMINAL ANUAL	INTERESES
2012	Agosto	20,86	29.073.550	0,3129	0,02294583	667.116,81
2012	Septiembre	20,86	29.073.550	0,3129	0,02294583	667.116,81
2012	Octubre	20,89	29.073.550	0,3134	0,02297505	667.966,15
2012	Noviembre	20,89	29.073.550	0,3134	0,02297505	667.966,15
2012	Diciembre	20,89	29.073.550	0,3134	0,02297505	667.966,15
2013	Enero	20,75	29.073.550	0,3113	0,02283864	664.000,27
2013	Febrero	20,75	29.073.550	0,3113	0,02283864	664.000,27
2013	Marzo	20,75	29.073.550	0,3113	0,02283864	664.000,27
2013	Abril	20,83	29.073.550	0,3125	0,02291661	666.267,20
2013	Mayo	20,83	29.073.550	0,3125	0,02291661	666.267,20
2013	Junio	20,83	29.073.550	0,3125	0,02291661	666.267,20
2013	Julio	20,34	29.073.550	0,3051	0,022438	652.352,34
2013	Agosto	20,34	29.073.550	0,3051	0,022438	652.352,34
2013	Septiembre	20,34	29.073.550	0,3051	0,022438	652.352,34
2013	Octubre	19,85	29.073.550	0,2978	0,02195691	638.365,45
2013	Noviembre	19,85	29.073.550	0,2978	0,02195691	638.365,45
2013	Diciembre	19,85	29.073.550	0,2978	0,02195691	638.365,45
2014	Enero	19,65	29.073.550	0,2948	0,02175983	632.635,64
2014	5 Febrero	19,65	29.073.550	0,2948	0,02175983	105.439,27
					TOTAL IN-TERESES	\$38.560.746,88



S
A
L
A

L
A
B
O
R
A
L

Entonces, la liquidación del capital y los intereses por la totalidad del tiempo es como sigue:

Capital..... \$29.073.550
 Intereses Moratorios..... \$38.560.746,88
Total.....\$67.634.296.88

Respecto al porque se toman los meses en 30 días y el año en 360 días, es necesario traer a colación el concepto emitido por la Superfinanciera en el oficio número 96017138 -1 del 5 de julio de 1996 en donde, remitiéndose al concepto O. J. 009 del 5 de enero de 1978 se indicó lo siguiente:



S
A
L
A

L
A
B
O
R
A
L

"(...) Para facilitar el cálculo de los intereses se ha ideado la tabla de 360 días, que, promediando, supone meses de 30 días y de consiguiente meses (sic) de 360 días. Se trata de una ficción y como tal debe aplicarse estrictamente a los casos en que el plazo fijado sea de meses o de años. Pero cuando se trata de un plazo de días no puede darse incertidumbre ni hay necesidad de recurrir a ficción alguna puesto que día es el transcurso de 24 horas, que principia en el momento siguiente a la media noche del día anterior al inicial del plazo. Lo indicado sería, según lo anterior, aplicar la tabla de 360 días para los cálculos de interés en los plazos de meses y años. Y la de 365 cuando el plazo es de días o a día determinado (...)".

Se tiene que los intereses moratorios son aquellos que se pagan para el resarcimiento tarifado o indemnización de los perjuicios que padece el acreedor por no tener consigo el dinero en la oportunidad debida. La mora genera que se hagan correr en contra del deudor los daños y perjuicios llamados moratorios que representan el perjuicio causado al acreedor por el retraso en la ejecución de la obligación.

En Colombia el interés moratorio tiene un contenido indemnizatorio distinto a la simple corrección monetaria, situación que no puede ser desconocida por el legislador al momento de determinar las tasas a las cuales lo vincula, por lo cual los intereses moratorios deberán contemplar un componente inflacionario o de corrección monetaria y uno indemnizatorio, que podrá variar teniendo en cuenta la existencia de diversos regímenes en cuanto a las tasas de interés, tal como sucede en relación con los intereses civiles y comerciales.

Pide el recurrente se ajusten las agencias en derecho del total de la liquidación del crédito en un 15% y no del 7% como ocurrió, pues el juez tiene un criterio para tal efecto, el cual se debe enmarcar dentro de los lineamientos fijados por el legislador al interior del artículo 393 del C.P.C y el Acuerdo 1887 de 2003 en cuyo numeral 2.3, en lo referente a procesos ejecutivos de primera instancia, como el caso que nos ocupa, establece la posibilidad de decretar agencias en derecho hasta en el porcentaje solicitado del valor del pago ordenado en la pertinente decisión judicial, en atención a la calidad de su actuación desde el comienzo del proceso, el que se materializó como constante a lo largo de su desarrollo.

Determina el artículo 393 del Código Procesal Civil en su numeral 3º, que:

"Para la fijación de agencias en derecho deberán aplicarse las tarifas que establezca el Consejo Superior de la Judicatura. Si aquéllas establecen solamente un mínimo, o éste y un máximo, el juez tendrá además en cuenta la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, la cuantía del proceso y otras circunstancias especiales, sin que pueda exceder el máximo de dichas tarifas."

Es claro para la Sala que el a quo fijo como agencias en derecho dentro del proceso ejecutivo a favor del trabajador por valor de un 7%, lo hizo atendiendo criterios de razonabilidad y equidad de las partes y conforme a los parámetros establecidos por la norma adjetiva civil y el acuerdo del Consejo Superior de la Judicatura que estableció un máximo, pero no un mínimo.



El Acuerdo 1887 del 26 de junio de 2003, expedido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, mediante el cual fija las tarifas de las agencias en derecho, para el trámite del proceso ejecutivo laboral en primera instancia en el numeral 2.3 determinó que éstas corresponderán "(...) *Primera Instancia. Hasta el quince por ciento (15%) del valor del pago ordenado o negado en la pertinente decisión judicial... (...)*"

Por tal motivo, frente al caso en discusión, se ha de señalar, que de la revisión del proceso la condena en agencias en derecho del 7% de la liquidación del crédito por el proceso ejecutivo, obedece a la labor diligente que el representante de la parte demandante realizó, teniendo en cuenta la duración del proceso fue de un año, seis meses y doce días y, la poca complejidad del proceso.

Así las cosas, no le asiste razón a la parte ejecutante y, por lo tanto se confirmará la decisión de primera instancia en este sentido.

Conforme al resultado anterior se tiene que no le asiste razón ni al juzgado ni al recurrente, pues aquél aduce que el valor de los intereses moratorios corresponde a \$38.556.526.52 y este sostiene que son \$44.449.383.89, motivo por el cual se tendrá en cuenta la suma obtenida por la Sala, es decir la suma de \$38.560.746,88

Así las cosas la liquidación de crédito quedará de la siguiente manera:

AÑO	MES	INTERES CORRIENTE ANUAL	CAPITAL	INTERES MORATORIO EFECTIVO ANUAL	INTERES MORATORIO NOMINAL ANUAL	INTERESES
2008	16 Octubre	21,02	29.073.550	0,3153	0,02310153	335.821,77
2008	Noviembre	21,02	29.073.550	0,3153	0,02310153	671.643,54
2008	Diciembre	21,02	29.073.550	0,3153	0,02310153	671.643,54
2009	Enero	20,47	29.073.550	0,3071	0,02256522	656.051,02
2009	Febrero	20,47	29.073.550	0,3071	0,02256522	656.051,02
2009	Marzo	20,47	29.073.550	0,3071	0,02256522	656.051,02
2009	Abril	20,28	29.073.550	0,3042	0,02237923	650.643,54
2009	Mayo	20,28	29.073.550	0,3042	0,02237923	650.643,54
2009	Junio	20,28	29.073.550	0,3042	0,02237923	650.643,54
2009	Julio	18,65	29.073.550	0,2798	0,02076811	603.802,76
2009	Agosto	18,65	29.073.550	0,2798	0,02076811	603.802,76
2009	Septiembre	18,65	29.073.550	0,2798	0,02076811	603.802,76
2009	Octubre	17,28	29.073.550	0,2592	0,01939201	563.794,64
2009	Noviembre	17,28	29.073.550	0,2592	0,01939201	563.794,64
2009	Diciembre	17,28	29.073.550	0,2592	0,01939201	563.794,64



S
A
L
A

L
A
B
O
R
A
L

AÑO	MES	INTERES CORRIENTE ANUAL	CAPITAL	INTERES MORATORIO EFECTIVO ANUAL	INTERES MORATORIO NOMINAL ANUAL	INTERESES
2010	Enero	16,14	29.073.550	0,2421	0,01823115	530.044,33
2010	Febrero	16,14	29.073.550	0,2421	0,01823115	530.044,33
2010	Marzo	16,14	29.073.550	0,2421	0,01823115	530.044,33
2010	Abril	15,31	29.073.550	0,2297	0,01737671	505.202,74
2010	Mayo	15,31	29.073.550	0,2297	0,01737671	505.202,74
2010	Junio	15,31	29.073.550	0,2297	0,01737671	505.202,74
2010	Julio	14,94	29.073.550	0,2241	0,01699326	494.054,40
2010	Agosto	14,94	29.073.550	0,2241	0,01699326	494.054,40
2010	Septiembre	14,94	29.073.550	0,2241	0,01699326	494.054,40
2010	Octubre	14,21	29.073.550	0,2132	0,01623202	471.922,47
2010	Noviembre	14,21	29.073.550	0,2132	0,01623202	471.922,47
2010	Diciembre	14,21	29.073.550	0,2132	0,01623202	471.922,47
2011	Enero	15,61	29.073.550	0,2342	0,01768646	514.208,12
2011	Febrero	15,61	29.073.550	0,2342	0,01768646	514.208,12
2011	Marzo	15,61	29.073.550	0,2342	0,01768646	514.208,12
2011	Abril	17,69	29.073.550	0,2654	0,01980598	575.830,25
2011	Mayo	17,69	29.073.550	0,2654	0,01980598	575.830,25
2011	Junio	17,69	29.073.550	0,2654	0,01980598	575.830,25
2011	Julio	18,63	29.073.550	0,2795	0,02074817	603.222,95
2011	Agosto	18,63	29.073.550	0,2795	0,02074817	603.222,95
2011	Septiembre	18,63	29.073.550	0,2795	0,02074817	603.222,95
2011	Octubre	19,39	29.073.550	0,2909	0,021503	625.168,67
2011	Noviembre	19,39	29.073.550	0,2909	0,021503	625.168,67
2011	Diciembre	19,39	29.073.550	0,2909	0,021503	625.168,67
2012	Enero	19,92	29.073.550	0,2988	0,02202579	640.368,02
2012	Febrero	19,92	29.073.550	0,2988	0,02202579	640.368,02
2012	Marzo	19,92	29.073.550	0,2988	0,02202579	640.368,02
2012	Abril	20,52	29.073.550	0,3078	0,0226141	657.472,25
2012	Mayo	20,52	29.073.550	0,3078	0,0226141	657.472,25
2012	Junio	20,52	29.073.550	0,3078	0,0226141	657.472,25

AÑO	MES	INTERES CORRIENTE ANUAL	CAPITAL	INTERES MORATORIO EFECTIVO ANUAL	INTERES MORATORIO NOMINAL ANUAL	INTERESES
2012	Julio	20,86	29.073.550	0,3129	0,02294583	667.116,81
2012	Agosto	20,86	29.073.550	0,3129	0,02294583	667.116,81
2012	Septiembre	20,86	29.073.550	0,3129	0,02294583	667.116,81
2012	Octubre	20,89	29.073.550	0,3134	0,02297505	667.966,15
2012	Noviembre	20,89	29.073.550	0,3134	0,02297505	667.966,15
2012	Diciembre	20,89	29.073.550	0,3134	0,02297505	667.966,15
2013	Enero	20,75	29.073.550	0,3113	0,02283864	664.000,27
2013	Febrero	20,75	29.073.550	0,3113	0,02283864	664.000,27
2013	Marzo	20,75	29.073.550	0,3113	0,02283864	664.000,27
2013	Abril	20,83	29.073.550	0,3125	0,02291661	666.267,20
2013	Mayo	20,83	29.073.550	0,3125	0,02291661	666.267,20
2013	Junio	20,83	29.073.550	0,3125	0,02291661	666.267,20
2013	Julio	20,34	29.073.550	0,3051	0,022438	652.352,34
2013	Agosto	20,34	29.073.550	0,3051	0,022438	652.352,34
2013	Septiembre	20,34	29.073.550	0,3051	0,022438	652.352,34
2013	Octubre	19,85	29.073.550	0,2978	0,02195691	638.365,45
2013	Noviembre	19,85	29.073.550	0,2978	0,02195691	638.365,45
2013	Diciembre	19,85	29.073.550	0,2978	0,02195691	638.365,45
2014	Enero	19,65	29.073.550	0,2948	0,02175983	632.635,64
2014	5 Febrero	19,65	29.073.550	0,2948	0,02175983	105.439,27
					TOTAL INTERESES	\$38.560.746,88



S
A
L
A

L
A
B
O
R
A
L

Entonces, la liquidación total del crédito es como sigue:

Capital..... \$29.073.550
Intereses Moratorios..... \$38.560.746,88
Costas de Primera Instancia...\$ 2.100.000
Total Liquidación de Crédito \$69.734.296.88

Con fundamento en las anteriores consideraciones, se tendrá como liquidación definitiva la practicada por la Sala, razón por la cual se revocará el auto de 31 de julio de 2014.



S
A
L
A

L
A
B
O
R
A
L



Ver
Providencia

Culpa Patronal

Perjuicios/ acoso laboral – maltrato laboral.

Cuando la entidad demandada omite los deberes de protección con el empleado.

Perjuicios materiales/ perjuicios fisiológicos/vida laboral probable – cálculo.

Indemnización de perjuicios/ lucro cesante -daño emergente.

Prescripción – cómputo desde el momento en que el afectado está razonablemente posibilitado para reclamar cada uno de los eventuales derechos pretendidos.

MAGISTRADA: Dra. Fanny Elizabeth Robles Martínez

PROVIDENCIA: Apelación Providencia/15 de Septiembre de 2015

CLASE DE PROCESO: ORDINARIO

DEMANDANTE: MARTHA PATRICIA QUINTERO PACHECO

DEMANDADO: LA EQUIDAD SEGUROS GENERALES

RADICACIÓN: 2015-322

TESIS: ...” quedó demostrado que el banco demandado incurrió en conductas que generaron el estrés laboral que conllevó a la enfermedad de la actora y, si bien es cierto que la pérdida de capacidad laboral no se había calificado para el momento en que planteó la demanda, en el curso del proceso se estableció y respecto de la misma no hay duda, al punto tal de que conllevó a que se le pensionara por invalidez como lo admite el apelante al pedir que ese hecho se tenga en cuenta al momento de tasar los perjuicios.

Y es que la culpa patronal como presupuesto de la indemnización plena de perjuicios que establece el art. 216 del CST, se produce no solamente por acción sino también por omisión, esto es, por el incumplimiento de las obligaciones impuestas al empleador en aras de salvaguardar la integridad física y emocional de sus trabajadores, en este caso, la consagrada en el art. 57 numeral 2º del citado código. Tema sobre el cual la jurisprudencia de la C.S de J. ha señalado en la Sentencia del 30 de junio de 2005 (Rad. 22656):

"(...) Los deberes de protección y seguridad que tiene el empleador con su trabajador le imponen comportarse y conducirse en el desarrollo y ejecución de la relación de trabajo de conformidad con los intereses legítimos del trabajador, los cuales, a su vez, le demandan tomar las medidas adecuadas, atendiendo las condiciones generales y especiales del trabajo, tendientes a evitar que aquél sufra menoscabo de su salud o integridad a causa de los riesgos del trabajo. Cuando ello no ocurre así, esto es, **cuando se incumplen culposamente estos deberes que surgen del contrato de trabajo emerge, entonces, la responsabilidad del empleador de indemnizar ordinaria y totalmente al trabajador los daños causados.** Indemnización que, a diferencia de la tarifada en el Sistema General de Riesgos Profesionales, por ser de carácter ordinario y pleno, similar por tanto a la responsabilidad contractual civil, comprende tanto el daño emergente como el llamado lucro cesante, como lo señala el artículo 1613 del Código Civil."

"Ahora bien, la viabilidad de la pretensión indemnizatoria ordinaria y total de perjuicios, como atrás se dijo, exige el acreditarse no solo la ocurrencia del siniestro o daño por causa del accidente de trabajo o enfermedad profesional, sino también, la concurrencia en esta clase de infortunio de 'culpa suficiente comprobada' del empleador."

"Esa 'culpa suficiente comprobada' del empleador o, dicho en otros términos, prueba suficiente de la culpa del empleador, corresponde asumirla al trabajador demandante, en acatamiento de la regla general de la carga de la prueba de que trata el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil. Es decir, a éste compete 'probar el supuesto de hecho' de la 'culpa', causa de la responsabilidad ordinaria y plena de perjuicios laboral, la cual, por ser de naturaleza contractual conmutativa es llamada por la ley 'culpa leve' que se predica de quien, como buen padre de familia, debe emplear 'diligencia o cuidado ordinario o mediano' en la administración de sus negocios."

"De suerte que, **la prueba del mero incumplimiento en la 'diligencia o cuidado ordinario o mediano' que debe desplegar el empleador en la administración de sus negocios, para estos casos, en la observancia de los deberes de protección y seguridad que debe a sus trabajadores, es prueba suficiente de su culpa en el infortunio laboral** y, por ende, de la responsabilidad de que aquí se habla, en consecuencia, de la obligación de indemnizar total y ordinariamente los perjuicios irrogados al trabajador."

"La abstención en el cumplimiento de la 'diligencia y cuidado' debidos en la administración de los negocios propios, en este caso, las relaciones subordinadas de trabajo, constituye la conducta culposa que exige el artículo 216 del Código Sustantivo del Trabajo para infligir al empleador responsable la indemnización ordinaria y total de perjuicios."

"No puede olvidarse, además, que 'la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo', tal y como lo pregonan el artículo 1604 del Código Civil, por tanto, amén de los demás supuestos, probada en concreto la omisión del empleador en el cumplimiento de sus deberes de protección y seguridad, en otras palabras, de diligencia y cuidado, se prueba la obligación de indemnizar al trabajador los perjuicios causados y, por consiguiente, si el empleador pretende cesar en su responsabilidad debe asumir la carga de probar la causa de la extinción de aquélla, tal y como de manera genérica lo dice el artículo 1757 del Código Civil.(...)"

Esta tesis fue reiterada en sentencia de 22 de abril de 2008, con ponencia de la magistrada ISAURA VARGAS DIAZ (Ref. 31.076, Acta No. 018) en la cual concluyó:

"(...)Entonces, en primer lugar, es al empleador a quien incumbe la carga de probar su diligencia y cuidado tendientes a enervar la posibilidad de los infortunios que puedan afectar la integridad del trabajador en la ejecución del contrato de trabajo, conductas que se traducen en el cabal cumplimiento de los deberes de seguridad y protección que legalmente le competen ; y en segundo término, si como lo alega la recurrente, hechos extraños al trabajo y



S
A
L
A

L
A
B
O
R
A
L



SALA LABORAL

riesgos genéricos a los que pueda verse expuesto el trabajador le relevan de esos deberes, o le atenúan o eximen en su responsabilidad contractual..” (Resalta el Despacho).(…)”

Y más recientemente, en sentencia 44894 de 29 de abril de 2015, con ponencia de la magistrada CLARA CECILIA DUEÑAS, advirtió sobre la culpa y sobre las obligaciones del empleador lo que sigue:

“(…) Antes de abordar la Sala el estudio del cargo, conviene recordar que para que se cause indemnización ordinaria y plena de perjuicios consagrada en el artículo 216 Código Sustantivo del Trabajo, debe encontrarse suficientemente comprobada la culpa del empleador en la ocurrencia del accidente de trabajo o la enfermedad profesional, de modo que su establecimiento amerita, además de la demostración del daño originado en una actividad relacionada con el trabajo, la prueba de que la afectación a la integridad o salud fue consecuencia de la negligencia o culpa del empleador en el acatamiento de los deberes que le corresponden, de velar por la seguridad y protección de sus trabajadores (CST, art. 56).

Ahora, en torno a las obligaciones particulares de seguridad en el trabajo, los numerales 1º y 2º del artículo 57 del Código Sustantivo del Trabajo ordenan al empleador poner a disposición de los trabajadores “instrumentos adecuados” y procurarles “locales apropiados y elementos adecuados, de protección contra los accidentes y enfermedades profesionales en forma que se garanticen razonablemente la seguridad y la salud”.

De igual manera, el artículo 348 del mismo estatuto preceptúa que toda empresa está obligada a “suministrar y acondicionar locales y equipos de trabajo que garanticen la seguridad y salud de los trabajadores” y a adoptar las medidas de seguridad indispensables para la protección de la vida y la salud de los trabajadores, lo cual guarda armonía con las disposiciones en materia de salud ocupacional y seguridad en los establecimientos de trabajo que prevén dentro de las obligaciones patronales las de “proveer y mantener el medio ambiente ocupacional en adecuadas condiciones de higiene y seguridad” (Res. 2400/79, art. 2º).

En esa misma línea, en el marco del sistema general de riesgos profesionales, hoy sistema general de riesgos laborales, se reiteró la obligación de los empleadores de “procurar el cuidado integral de la salud de los trabajadores y de los ambientes de trabajo” (D. 1295/94, art. 21).

A partir de lo visto, adviértase cómo las disposiciones sustantivas laborales, de salud ocupacional —hoy Seguridad y Salud en el Trabajo— y riesgos laborales, han sido unívocas en comprometer al empleador a cuidar y procurar por la seguridad y salud de los trabajadores, y adoptar todas las medidas a su alcance en orden a prevenir los accidentes y enfermedades profesionales, en perspectiva a que “la salud de los trabajadores es una condición indispensable para el desarrollo socio-económico del país, su preservación y conservación son activi-

dades de interés social y sanitario” (L. 9/79, art. 81).(…)”



S
A
L
A

L
A
B
O
R
A
L

De los citados apartes jurisprudenciales se concluye entonces que, en principio, corresponde al demandante acreditar la culpa del empleador, que corresponde a la culpa leve y que en caso de que demandada pretenda liberarse de responsabilidad, deberá acreditar la existencia de hechos extraños o hechos genéricos a los que se pudo exponer el trabajador.

La parte actora en el transcurso del proceso alega que fue víctima de malos tratos y acoso laboral que condujeron a su enfermedad. Así, los hechos constitutivos de mal trato quedaron demostrados como ya se vio e igualmente se demostró que los mismos fueron la causa de la enfermedad profesional que sufre la actora y que la llevó a un estado de invalidez. También está acreditado el nexo causal, sin que en ello incida que la calificación de su enfermedad se haya dado después de iniciado el proceso porque lo que determina la responsabilidad del empleador en este caso es su culpa en el hecho que dio origen a la enfermedad y no la fecha en que ésta fue reconocida.

Demostrado **el nexo causal** que extraña el recurrente, para la Sala no queda duda acerca de la culpa del empleador en la enfermedad de la actora porque, pese a conocer las responsabilidades que se manejan en las oficinas bancarias, como lo acepta la señora CAMPOS VILLAMIL, encargada de bienestar y salud ocupacional, el alto grado de concentración que se requiere, no tomó ninguna medida para que la salud de sus trabajadores no se viera afectada, sino solamente después de que conoció lo ocurrido con la aquí actora. A folio 553 obra el informe de análisis de puesto de trabajo realizado por la ARP COLMENA con fecha 10 de junio de 2004, data desde la cual se advertía al banco que “Por el alto nivel de responsabilidad que involucra el cargo y la presión por el manejo de metas, se sugiere la implementación de un programa para manejo del estrés, que esté relacionado con la descarga de tensiones, ansiedad y agresividad, el manejo de conflictos y relaciones interpersonales”, sin que al respecto la demandada haya demostrado que tomó alguna medida. En ese orden de ideas, ninguna incidencia tiene frente a la culpa del banco el hecho de que, como lo aduce en el recurso, no conociera la existencia de malos tratos para con su trabajadora porque, independientemente de ello, está probado que no adoptó oportunamente medidas tendientes a evitar precisamente esas actuaciones por parte de quienes en cada oficina lo representan, en este caso, el gerente.

No resulta próspero este punto de apelación y debe enfocar la Sala su estudio a establecer si la indemnización de perjuicios se tasó correctamente atendiendo a los tres motivos de inconformidad propuestos por el banco, esto es, el salario devengado, el cálculo de vida probable de la actora, al número de meses a tener en cuenta para liquidar lucro cesante y el valor de éste teniendo en cuenta que se reconoció a la señora QUINTERO PACHECO la pensión de invalidez a la actora.

...

Sin embargo, es conveniente previamente referirnos al tema de si hay lugar a reconocer la prescripción propuesta como excepción, porque tratándose de una situación enmarcada en la ley 1010 de 2006 el término para iniciar el proceso era de 6 meses a partir de la ocurrencia de las conductas constitutivas de acoso o, en todo caso, aplicando la regla de prescripción general, de tres años que ya estaban vencidos para la fecha en que se instauró la demanda.



S
A
L
A

L
A
B
O
R
A
L

Para dar curso al tema debe advertirse que lo que aquí se reclama es la indemnización plena de perjuicios a favor de la ex trabajadora, con fundamento en el art. 216 del CST y no la declaratoria de conductas de acoso laboral que deban ser tramitadas de conformidad con la ley 1010 de 2006 tema que, como ya se dijo, no fue propuesto a través de excepción previa en su momento. Así entonces, se atiene esta Corporación a lo expuesto recientemente por la Sala Laboral de la C.S de J que, rememorando lo dicho en sentencia del 17 de octubre de 2008, radicación 28821, reiterada en fallo del 6 de julio de 2011, radicación 39867, así dijo:

"también es verdad que en casos como el presente, la jurisprudencia laboral de esta Sala de la Corte ha establecido que el término prescriptivo de acciones como la aquí impetrada debe empezar a computarse a partir de la fecha en la que se establezcan, por los mecanismos previstos en la ley, las secuelas que el accidente de trabajo haya dejado al trabajador, lo que desde luego implica la imperiosa necesidad de que éste haya procurado el tratamiento médico de rigor y la consecuente valoración de su estado de salud.

Así, por ejemplo, en la sentencia del 3 de abril de 2001, radicación No. 15137, en la que se reiteró la del 15 de febrero de 1995, radicación 6803, esto dijo la Corte:

"... Es bien sabido que cuando acontece un accidente de trabajo surgen en favor de quien lo padece una serie de prestaciones o de indemnizaciones, según el caso, algunas de las cuales dependen de las secuelas o de la incapacidad para laborar que le hayan dejado. Pero muchas veces ocurre que a pesar de los importantes avances científicos resulta imposible saber en corto plazo cuáles son las consecuencias que ha dejado en la víctima el in suceso. Así lo tiene adoctrinado la jurisprudencia de esta Sala al precisar que no 'puede confundirse el hecho del accidente con sus naturales efectos. Aquél es repentino e imprevisto. Estos pueden producirse tardíamente'. (Cas., 23 de marzo de 1956, vol. XXIII, núms. 136 a 138).

<Por lo anterior, tanto la doctrina como la jurisprudencia, sin desconocer el referido término prescriptivo legal, han recabado en que la iniciación del cómputo extintivo no depende en estricto sentido de la fecha de ocurrencia del infortunio, por no estar acorde con la finalidad del instituto y ser manifiestamente injusta, sino del momento en que el afectado está razonablemente posibilitado para reclamar cada uno de los eventuales derechos pretendidos.

...

<De tal suerte que en tratándose de una indemnización que la ley no establece de manera tarifada ni presuntiva en cuanto a su soporte que es la clase de incapacidad y el porcentaje de disminución de capacidad laboral, ni tampoco su monto, como sí ocurre con la atrás vista, a fortiori debe colegirse en estos eventos la validez del criterio que asienta este fallo sobre iniciación del término prescriptivo, por cuanto es evidente que para esclarecer la totalidad de los perjuicios indemnizables debe mediar una evaluación médica juiciosa sobre los mismos, que debe efectuar la respectiva entidad de seguridad social a la cual se halle afiliado el trabajador accidentado o el médico del empleado, pero en este último caso, siempre que el trabajador no haya estado legalmente obligado a afiliarse a una institución de tal clase.

<Naturalmente no es dable entender que el interesado pueda disponer a su arbitrio la fecha en que procede la mencionada calificación médica, ni le es dable dilatarla indefinidamente, pues ello pugna contra la imperiosa seguridad jurídica y contra el fundamento de los preceptos citados. **Así las cosas, como le asiste tal derecho a la evaluación ésta no puede diferirse por más de tres años contados desde la ocurrencia del accidente porque ese es el término ordinario de prescripción señalado en la ley y además es el que se desprende del artículo 222 del C.S.T.**



<Como antes se vio cuando se efectúa la calificación de la incapacidad por las autoridades médicas competentes la obligación de dicha indemnización 'total y ordinaria' es exigible y desde éste instante empieza a correr el término legal para reclamar su pago. En consecuencia no es dable confundir el plazo que tiene el trabajador víctima de un accidente por culpa patronal para pedir la evaluación médica de los perjuicios que el mismo le irrogó, con el término de prescripción del derecho a la indemnización total correspondiente, que se inicia cuando jurídicamente se encuentra en capacidad de obrar. Y ese momento no se identifica con el de la ocurrencia del in suceso (a menos que ocasione la muerte del trabajador), ni con la del reintegro a las labores, ni con el de esclarecimiento de la culpa patronal, sino con el de la calificación médica mencionada. "

S
A
L
A

L
A
B
O
R
A
L

Atendiendo este criterio jurisprudencial resulta evidente que en el caso que nos ocupa no ha ocurrido el citado fenómeno extintivo pues para el momento en que se dio inicio al proceso no se había dado aún la calificación, lo que significa que ni siquiera había empezado a correr el término para prescribir la acción. Y de otra parte, el proceso para obtener esa calificación fue iniciado por la actora dentro del término señalado en la cita jurisprudencial, es decir, los 3 años siguientes a la ocurrencia de los hechos que dieron origen a la enfermedad, pues según aparece a folio 59 la remisión a siquiatria por el médico de salud ocupacional de la EPS a que se encontraba afiliada fue realizada el 30 de septiembre de 2005, por "síndrome de estrés laboral" y el reporte de la enfermedad profesional fue hecho por la empleadora a LA EQUIDAD el 13 de enero de 2006.

Procede entonces resolver lo planteado acerca de la indemnización de perjuicios reconocida:

*Sobre **el salario** se queja el apelante de que el a quo tomo la suma de \$1.200.000 siendo que en la resolución que reconoce pensión se dijo que era de \$1.034.667, suma no objetada. NO encuentra la Sala que en el expediente obre copia de la citada resolución. Lo único que al respecto obra es comunicación dirigida a la actora el 30 de abril de 2010 por parte de "Seguros de vida Alfa S.A." informándole que se la he conocido pensión por invalidez teniendo en cuenta la normatividad que allí relaciona, pero sin que aparezca el monto del salario que se tuvo en cuenta ni tampoco el valor de la pensión reconocida. En la demanda nada se informó sobre el salario de la actora y revisado con minucia el expediente lo único que encuentra esta Colegiatura sobre el tema aparece a folio 62 y es la comunicación dirigida por LA EQUIDAD a la actora relacionada con el pago de indemnización permanente parcial, en que toma como IBL la suma de \$820.000,00, además del documento a folio 622 que corresponde al informe de enfermedad profesional realizado por la empresa en el año 2006 señalando como salario*



S
A
L
A

L
A
B
O
R
A
L

la suma de \$878.000,00. Así, atendiendo entonces a la confesión que hace el banco a través de su apoderado judicial al recurrir, la Sala acogerá la pretensión de tomar como salario para liquidar los perjuicios la suma de \$1.034.667 y no la de \$1.200.000,00 que tomó el a quo sin indicar de dónde concluyó que era eso lo devengado.

Respecto del **cálculo de vida probable**, teniendo en cuenta que la fecha de nacimiento de la actora fue enero de 1968 según se observa en el dictamen de PCL emitido por la JNCI a folio 38 y de conformidad con las tablas de supervivencia de la SUPERFINANCIERA⁷, su vida probable es 85.7 años. Advirtiendo que se toma en cuenta la resolución 1555 de 2010, última sobre el tema emitida por dicha entidad. Así que no corresponde a la realidad la afirmación del recurrente según la cual la vida probable de la actora (con 47 años al momento del fallo) sea de 31.89 años más para un total de apenas 78.89 años. Por otra parte, se equivocó el a quo al establecer un cálculo de 84.6 años (48 que tiene la actora al momento de la sentencia más 36.6 que estableció como vida probable) y no de 85.7, pero ello no fue apelado por la demandante y no puede modificarse en virtud de la no reformatio in pejus tratándose la demandada de la única impugnante.

En cuanto al **número de meses transcurridos entre la finalización de la relación y la fecha del fallo**, esto es Junio de 2010 (no debatida) y julio de 2015, tiene razón el recurrente al advertir que transcurren 61 meses y no 62 como consideró el a quo.

Ahora, en lo relacionado con el tema de que el lucro cesante futuro solo debe corresponder **al 40% del ingreso de la actora** porque el restante 60 le fue reconocido en la mesada pensional, encuentra la Sala que en la comunicación ya reseñada "seguros de vida ALFA S.A." afirma que la pensión de invalidez se reconoce por acreditarse una PCL del 50.40%, que, de acuerdo con la ley 776 de 2002 da lugar al reconocimiento de una pensión equivalente al 60% del IBL tomando como fecha de estructuración de la invalidez el 6 de febrero de 2009.

Entendido el lucro cesante como una forma de daño patrimonial que consiste en la pérdida de una ganancia legítima o de una utilidad económica por parte de la víctima o sus familiares como consecuencia del daño que no se habría producido si el evento dañino no se hubiera verificado, resultaría acertada la impugnación de la demandada al afirmar que a partir del reconocimiento de la pensión por invalidez la actora aseguró un ingreso equivalente al 60% de lo que percibía y por ende lo que deja de recibir solo corresponde al 40%. Sin embargo, observando la fórmula utilizada por el a quo, que corresponde a la utilizada por la sala laboral de la C.S de J⁸. se observa que dentro de ella se tiene en cuenta el porcentaje de PCL para establecer el valor del lucro cesante mensual lo que hace que el salario tenido en cuenta para establecer el lucro cesante consolidado y el futuro ya lleve inmerso ese porcentaje, sin que sea posible entonces descontarlo nuevamente como lo pretende la actora. (Como se verá en la tabla que contiene la liquidación, pese a que se reconoce que el salario de la señora QUINTERO fue de \$1.034.667,00 la liquidación del lucro cesante mensual corresponde solo a la suma de \$609.082,69 y con este valor se liquidan el consolidado y el futuro). No prospera este punto apelado.

Para finalizar, y aunque se plantea como impugnación el hecho de que **se calcula la indemnización de perjuicios materiales aplicando a la vez intereses moratorios e indexación**, lo cual no es procedente, revisada la actuación del a quo ello no resulta cierto pues la liquidación se hizo ciñéndose estrictamente a la fórmula jurisprudencialmente establecida para el asunto. ...(...)

⁷ Tablas de mortalidad rentistas hombres y mujeres

⁸ Sentencia de 30 de junio de 2005. Radicación 22656. M.P ISAURA VARGAS DIAZ.

Contrato de trabajo

Relación Laboral – Prestación del Servicio.
Indemnización Moratoria – Indexación – No hay lugar a su reconocimiento en forma concomitante.
Sanción Moratoria/ No pago de las cesantías dentro del término legal.
Aplicación de la sanción Moratoria/ Buena fe del empleador- Eximente de responsabilidad.



MAGISTRADA: Dra. Fanny Elizabeth Robles Martínez
PROVIDENCIA: Apelación Providencia/ 10 de Abril de 2015
CLASE DE PROCESO: ORDINARIO
DEMANDANTE: LUIS EGIDIO CAMACHO AVILA
DEMANDADO: ALITER
RADICACIÓN: 2015-208

S
A
L
A

L
A
B
O
R
A
L

TESIS: ... *"En atención de esta consagración legal, el artículo 24 establece una presunción según la cual, "se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo", es decir, que cuando se acredita la continua prestación personal del servicio se presume que fue en virtud de una relación laboral, a menos que quien la niega demuestre que no fue subordinada y obedeció a un contrato de otra naturaleza.*

Al respecto la Corte Suprema de Justicia con ponencia del Honorable Magistrado Gustavo José Gnecco Mendoza, Radicado 30437 ha señalado:

"(...)Para la Corte, ese raciocinio jurídico, que es el que controvierte adecuadamente el cargo, es por completo equivocado, pues el **artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo establece que "se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo" y no establece excepción respecto de ningún tipo de acto, de tal suerte que debe entenderse que, independientemente del contrato o negocio jurídico que de origen a la prestación del servicio, (que es en realidad a lo que se refiere la norma cuando alude a la relación de trabajo personal), la efectiva prueba de esa actividad laboral dará lugar a que surja la presunción legal. Por esa razón, como con acierto lo argumenta el recurrente, en ningún caso quien presta un servicio está obligado a probar que lo hizo bajo continuada dependencia y subordinación para que la relación surgida pueda entenderse gobernada por un contrato de trabajo (...)"**. (Negrillas propias del texto).



Ver
Providencia

Para dar aplicación a la presunción establecida a favor del trabajador, es necesario demostrar la prestación del servicio por parte del trabajador a su empleador en determinadas condiciones de tiempo y espacio. Entonces, la Sala apreciará las pruebas para establecer si se acreditó en el presente caso. ...



S
A
L
A

L
A
B
O
R
A
L

Conforme a lo anterior el demandante logró demostrar que efectivamente prestó sus servicios y, en virtud de la presunción establecida en el art. 24 del CST⁹, al trabajador le basta con acreditar la prestación personal del servicio, sin que sea necesario acreditar que hubo subordinación, como aduce la demandada, para que se entienda configurado un contrato de trabajo.

Así las cosas, como la demandada niega la existencia de una relación laboral y acepta que el demandante cumplía unas labores pero como consecuencia de la existencia de un contrato de prestación de servicios o de lo que denominó la existencia de una coordinación de actividades, cabe determinar si se desvirtuó la presunción, esto es, si se acreditó que ese servicio correspondió al prestado en virtud de contrato de prestación de servicios, lo que aquí no ocurrió por cuanto tan solo se alega en el escrito de recurso de alzada, sin que se observe prueba que permita concluirlo.

Sobre el tema ha dicho la jurisprudencia:

*"(...)La subordinación del trabajador al empleador como elemento distintivo y definidor del contrato de trabajo ha sido entendida como la según la concepción más aceptable por la doctrina y la jurisprudencia, **como poder jurídico permanente de que es titular el empleador para dirigir la actividad laboral del trabajador, a través de la expedición de órdenes e instrucciones la imposición de reglamentos, en lo relativo a la manera como este debe realizar las funciones y cumplir con las obligaciones que le son propias, con miras al cumplimiento de los objetivos de la empresa, los cuales son generalmente económicos.** Se destaca dentro del elemento subordinación, no solamente el poder de dirección, que condiciona la actividad laboral del trabajador, sino el poder disciplinario que el empleador ejerce sobre éste para asegurar un comportamiento y una disciplina acordes con los propósitos de la organización empresarial y el respeto por la dignidad y los derechos de aquél.¹⁰(...)"(Negrilla fuera de texto).*

...

Es de recordar que corresponde, conforme los presupuestos del artículo 177 del C. de P. C., a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen, y tratándose de horas extras, las que no se presumen, le corresponde a la parte actora probar lo afirmado, sin que en este caso exista plena prueba sobre su prestación especificando días y horas. Recuérdese que en ese sentido la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en diversos fallos como las sentencias del 2 de marzo de 1949, del 15 de junio de 1949, del 16 de febrero de 1950, del 18 de diciembre de 1953, y recientemente en sentencias como la del 14 de julio de 2009 y la del 15 de julio de 2008, expuso:

"(...)Se impone recordar, como de vetusta lo ha enseñado esta Corporación, que para que el juez produzca condena por horas extras, dominicales o festivos las comprobaciones sobre el trabajo más allá de la jornada ordinaria han de analizarse de tal manera que en el ánimo del juzgador no dejen duda alguna acerca de su ocurrencia, es decir, que el haz probatorio sobre el que recae tiene que ser de una definitiva claridad y precisión que no le es dable al juzgador hacer

⁹ "Se presume que toda relación de trabajo está regida por un contrato de trabajo".

¹⁰ Sentencia C 386 de 5 de abril de 2000, expediente D-2581, MP:ANTONIO BARRERA CARBONELL.

cálculos o suposiciones acomodaticias para determinar el número probable de las que estimen trabajadas”. (31637) sentencia 15 de julio de 2008.(...)”.

Sin que aparezca prueba alguna que permita establecer tal hecho, se despachará de forma desfavorable lo solicitado.

...

Revisado el fallo proferido por el a quo se observa que efectivamente como lo alega el recurrente no se ordenó la indexación, pero se condenó a la indemnización moratoria, por lo que no habría lugar a la actualización de las sumas reconocidas a pesar de haberse solicitado en el escrito de demanda, por cuanto, la indemnización moratoria y la indexación no pueden reconocerse en forma concomitante.

Sobre este tema señalo la Corte Constitucional en la sentencia C 892 del 2 de diciembre de 2009, MP Luis Ernesto Vargas Silva, señala lo siguiente sobre la finalidad de la indemnización moratoria:

“(...)En relación específica con la acusación formulada por el ciudadano López Leyton, **debe la Corte resaltar los razonamientos efectuados por la sentencia C-781/03, en punto a la solicitud subsidiaria efectuada en esa oportunidad por el Ministerio Público, referidas a la declaración de la exequibilidad condicionada del artículo 29 de la Ley 789/02, en el entendido que a partir del mes veinticinco de mora y hasta cuando efectivamente se pague lo adeudado, deben liquidarse intereses moratorios sobre los conceptos de salarios y prestaciones sociales debidos, previa corrección monetaria sobre lo adeudado, desde el primer día hasta cuando efectivamente se realice el pago, con la finalidad de preservar el valor real de la acreencia.**

La Corte desestimó esta petición a partir de las consideraciones vertidas en la sentencia C-079/99, según la cual la indemnización moratoria no podía considerarse, en estricto sentido, como una sanción en contra del empleador, sino como un mecanismo que salvaguardaba al trabajador de los efectos de la pérdida de poder adquisitivo de la moneda. Por ende, la finalidad requerida en la solicitud subsidiaria expresada por el demandante, resultaba satisfecha. (...)”(Negrilla fuera del texto).

Más adelante indico:

“(...)18. Como se tuvo oportunidad de analizar en precedencia, **la función de la indemnización moratoria y de los intereses supletorios es extender la garantía del derecho al pago del salario, a través de un instrumento que cumple una doble función: servir de apremio al empleador moroso y salvaguardar el ingreso del trabajador de los efectos adversos de la disminución del poder adquisitivo.** En ese sentido, es un mecanismo dirigido a proteger la retribución por el servicio personal, en tanto aspecto que conforma el núcleo esencial del derecho al trabajo.(...)” (Negrilla fuera del texto).



S
A
L
A

L
A
B
O
R
A
L



Y sobre la indexación dijo:

"(...)Bajo estos mismos supuestos, la Sala de Casación Laboral ha considerado que la indexación es un instrumento objetivo, aplicable para toda modalidad de ingreso laboral, cuya aplicación resulta obligatoria en los casos en que la ocurrencia simultánea del paso del tiempo **y los efectos de una economía inflacionaria, desmejoren el valor presente de la acreencia debida al trabajador.** ¹¹ "(...)"

De donde se concluye que la indemnización moratoria y la indexación cumplen una misma función como lo es mantener el poder adquisitivo del dinero, por lo que no resulta viable ordenarlas en forma simultánea y así lo concluyo la Corte Constitucional en la sentencia ya citada, de la cual se transcriben los siguientes apartes, que corroboran lo expuesto:

"(...)En efecto, **en los casos que no proceda la indemnización moratoria o los citados intereses**, bien porque la acreencia debida no se circunscriba al concepto "*salarios o prestaciones en dinero*" o porque en el caso concreto se haya demostrado que el patrono incumplió de buena fe, esto es, sin tener conciencia de adeudar la suma correspondiente, **en cualquier caso procede la indexación o corrección monetaria respecto de los montos adeudados, ello con el fin de evitar que la desactualización de la moneda constituyan una carga irrazonable contra el trabajador demandante.** (...)"

"(...)20. De acuerdo con las anteriores consideraciones, los argumentos planteados por el actor carecen de la entidad suficiente para afectar la constitucionalidad de la expresión demandada. **Como se ha demostrado, el ordenamiento jurídico laboral ofrece diferentes alternativas para evitar que el incumplimiento del empleador irroque perjuicios desproporcionados al trabajador.** En primer término, establece la indemnización moratoria y los intereses supletorios para todos aquellos ingresos relacionados con la retribución por el trabajo o con la cobertura de los riesgos inherentes al empleo, ello a través de la amplia fórmula prevista en el artículo 65 CST, que extiende esa obligación para los "*salarios y prestaciones en dinero*". **Además, procede conjuntamente la indexación, en tanto mecanismo objetivo de corrección monetaria, que en cualquier caso también se aplica cuando se eximiere al empleador de la indemnización con base en la acreditación de su buena fe.** Ello con el fin de impedir que el trabajador vea afectado su patrimonio en razón de la mora del empleador. (...)"

Es decir que en este punto se confirmara la decisión del A quo.

...

Entiende la Sala que lo perseguido por el recurrente es el reconocimiento de la sanción moratoria decretada a su favor, desde el día 15 de enero de 2008 hasta cuando se haga efectivo el pago de la prestación social (auxilio de cesantía) la cual aún no se ha concretado.

¹¹ Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. Sentencia del 14 de agosto de 2007. Radicación 29982. M.P. Gustavo Gnecco Mendoza y Eduardo López Villegas.



Lo anterior no es viable, siendo necesario aclarar que la sanción moratoria de que trata el numeral 3º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 y la sanción inmersa en el artículo 65 del CST, si bien es cierto son procedentes e independientes por incumplimiento, también lo es, que la primera cesa en el momento en que finaliza el vínculo laboral, pues en ese instante cesa también la obligación de consignar y surge la de entregar directamente las cesantías parciales al trabajador.

Nótese que el a quo en el numeral tercero de la parte resolutive del fallo impugnado, reconoció a favor del demandante la sanción moratoria de que trata el artículo 65 del CST a partir del 16 de junio de 2009, luego en ningún caso se presentan las dos sanciones de manera paralela, ya que la primera de las inicialmente citadas se causa en vigencia del contrato de trabajo y la segunda referida empieza al terminar el contrato por incumplimiento como ya se dijo.

A continuación se estudiarán los motivos de discrepancia de la parte demandada:

...

Es de advertir, que el curador ad litem presentó sus alegatos de conclusión basado en el material probatorio obrante en el proceso y ante la renuencia de ALITER S.A. de comparecer al mismo, era lógico que careciera de material demostrativo en pro de una efectiva defensa jurídica. Argumento suficiente para que el recurso por este aspecto fracase.

...

A las pruebas se les considera como el medio o instrumento legal de que se valen las partes para acreditarle al juez la veracidad de los hechos en que se fundamentan las reclamaciones impetradas o la oposición a las mismas. También la podríamos definir como la demostración hecha al juez, por el medio legalmente admisible, acerca de la realidad de un hecho controvertido cuya existencia interesa para la justa decisión del litigio.

La necesidad y objeto de la prueba, se apoya en que toda decisión judicial debe fundarse en pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 174 del C.P.C., aplicable al campo laboral en virtud al principio de la integración normativa a que alude el artículo 145 del CPTSS; además el juez al proferir sus decisiones, analizará todas las pruebas allegadas en tiempo, tal y como lo prevé el artículo 60 del CPTSS, aunado a que el artículo 61 ibídem, señala que el juez no estará sujeto a la tarifa legal de pruebas y por lo tanto formará libremente su convencimiento, inspirándose en los principios científicos que informan la crítica de la prueba y atendiendo a las circunstancias relevantes del pleito y a la conducta procesal observada por las partes.

La apelante se duele de la manera como el juzgado valoró las pruebas y llegó en últimas a la convicción que plasmó en su decisión. Sin embargo, tal y como lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral M.P. Dr. Carlos Isaac Nader, Sentencia de 3 de febrero de 200, Expediente 12591, sostuvo que. "Es lógico que si el juzgador incurre en yerros fácticos, ya por la falta de percepción de un medio de convicción o por la comisión de desatinos en su estimación, resulta indispensable que el recurrente puntualice de manera detallada cuáles fueron apreciados, si bien erróneamente y cuáles no lo fueron, con el fin de que mediante un juicio lógico se establezca, mediante el simple cotejo de pruebas en que se apoya la sentencia y las que él invoca,



S
A
L
A

L
A
B
O
R
A
L

si el racionamiento apreciativo que hizo aquél de ellas es equivocado o no”.

En el presente caso no expuso la apelante puntualmente cual fue el yerro que, a su juicio, se cometió, por lo que el recurso por este aspecto no prospera.

...

Refiere el demandado que no hay motivo suficiente para que se le hubiese condenado a la sanción moratoria, ya que no se demostró la mala fe, tampoco el a quo hizo una valoración subjetiva de ese comportamiento con lo recaudado en el expediente y que la misma no opera de manera automática, siendo cada caso estudiado para determinar su obrar al sustraerse de su pago.

La buena fe se ha dicho siempre que equivale a obrar con lealtad, con rectitud, de manera honesta, en contraposición con el obrar de mala fe; y se entiende que actúa de mala fe "quien pretende obtener ventajas o beneficios sin una suficiente dosis de probidad o pulcritud" (Gaceta Judicial, Tomo LXXXVIII, pág. 223), como lo expresó la Sala Civil de esta Corte en sentencia de 23 de junio de 1958.

Esa buena fe que la jurisprudencia ha encontrado en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo y que le ha servido, si se halla suficientemente probada, para exonerar al empleador del pago de la indemnización moratoria cuando se le encuentra judicialmente responsable de la falta de pago de salarios y prestaciones a la terminación del contrato, es la creencia razonable de no deber, pero no es una creencia cualquiera sino una debidamente fundada, pues aunque igualmente se ha admitido que corresponde a la que se ha dado en denominar buena fe simple, que se diferencia de la buena fe exenta de culpa o calificada, debe entenderse, con todo, que es aquella que cabe definir como la conciencia de haber obrado legítimamente y con ánimo exento de fraude.

Jurisprudencialmente, se ha resuelto que es la buena o mala fe del empleador la que debe analizarse para efectos de imponer la sanción moratoria y, además, que no es suficiente alegar la buena fe por parte del empleador como eximente de responsabilidad, sino que es necesario que ésta emerja de su conducta. En el caso presente, considera esta Colegiatura que aunque en esta instancia se plantea discusión sobre la naturaleza del vínculo que unió a las partes pues la demandada argumenta que lo que existían era un "contrato de prestación de servicios" o la existencia de una "coordinación de actividades", dicha discusión no fue propuesta ante la primera instancia ante la no comparecencia de la demandada al proceso y, al analizar el recaudo probatorio en esta instancia se concluye, como también lo hizo el a quo, en la existencia de un contrato de trabajo por lo que se confirmará la mencionada sanción.

No está por demás traer a colación el pronunciamiento que, respecto al tema de la indemnización moratoria, hizo la Sala Laboral del Alto Tribunal de la Justicia Ordinaria, en sentencia del 1º de agosto del 2012, radicado No. 40016, M.P. Dra. ELSY DEL PILAR CUELLO CALDERON, mediante el cual señaló:

*"(...)Esa buena fe que la jurisprudencia ha encontrado en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo y que le ha servido, si se halla suficientemente probada, para exonerar al empleador del pago de la indemnización moratoria cuando se le encuentra judicialmente responsable de la falta de pago de salarios y prestaciones a la terminación del contrato, **es la creencia razonable de no deber**, pero no es una creencia cualquiera sino una debidamente fundada, pues aunque igualmente se ha admitido que corresponde a la que se ha*

dado en denominar buena fe simple, que se diferencia de la buena fe exenta de culpa o cualificada, debe entenderse, con todo, que **es aquella que cabe definir como la conciencia de haber obrado legítimamente y con ánimo exento de fraude.** (Subrayado y negrilla fuera de texto).(...)"



No hay duda para la Sala que la demandada actuó de mala fe al disfrazar la relación laboral con lo que denominó "contrato de prestación de servicios" y "la existencia de coordinación de actividades" y así burlar el reconocimiento y pago de los diferentes emolumentos laborales.

Así las cosas el recurso por este aspecto resulta infructuoso.

...

S
A
L
A

L
A
B
O
R
A
L

Ejecutivo Laboral/Medidas Cautelares

Debe mediar solicitud del demandante denunciando bajo juramento los bienes de propiedad del demandado.

Embargo y Retención de dineros depositados en entidad bancaria ejecutada.

Embargo de Recursos públicos cuando existen acreencias de naturaleza laboral es procedente.

Inembargabilidad de recursos públicos no es absoluta.

MAGISTRADA: Dra. María Isbelia Fonseca González

PROVIDENCIA: Apelación Providencia / 6 de agosto de 2015

CLASE DE PROCESO: EJECUTIVO LABORAL

DEMANDANTE: CLARA VICTORIA AVELLANEDA DE FLÓREZ

**DEMANDADO: NACIÓN, MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-
FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTE-
RIO**

RADICACIÓN: 2015-285

TESIS: ...” la Sala señala que para decretar las medidas cautelares en el proceso ejecutivo debe mediar la solicitud del demandante denunciando bajo juramento los bienes de propiedad de la parte demandada que deben ser objeto de la medida en los términos del artículo 101 del CPT. SS , cumplidos tales requisitos el Juez, la decretará como lo indica el artículo 102 ibid.; ahora en cuanto a la forma como se perfecciona o materializa la medida cautelar se aplica lo reglado en el Código de Procedimiento Civil por remisión expresa del artículo 145 del CPT.SS.



Ver
Providencia



S A L A L A B O R A L

En el caso examinado el demandante solicitó el embargo y retención de los dineros que con destino al pago de cesantías posea la entidad ejecutada en el Banco BBVA, petición que se entiende hecha bajo juramento y procedía el decreto de la medida cautelar, correspondiéndole al Juez, limitarla a la cuantía que asegure el pago del crédito y las costas prudencialmente calculadas, como los indican los artículos 101 ibid. en consonancia con el artículo 517 del CP.C., sin más restricciones que las allí señaladas; para hacerla efectiva debe aplicar lo dispuesto en el artículo 681-11 del C.P.C.

Lo que indica que en el caso examinado, al decretar el embargo y la retención de los dineros que con destino al pago de cesantías posea la entidad ejecutada, con la advertencia sobre la inembargabilidad de los bienes con destinación específica, contraría a la normativa que regula la solicitud, decreto y práctica de la medida; con mayor razón cuando ese apartamiento normativo implica delegarle a la entidad bancaria la calificación acerca de la naturaleza de los recursos a embargar, para que cumpla o no la orden judicial de retención; lo cual no es admisible porque se ordenó sobre los recursos que posea la entidad demandada con destino al pago de cesantías, los cuales guardan relación con lo pretendido por la demandante por la extemporaneidad en el pago de la prestación; luego, la discutida restricción no es factible y menos en tratándose de créditos laborales, respecto de los cuales se ha desarrollado una amplia jurisprudencia constitucional la que establece unas reglas y precisa las limitantes a la inembargabilidad, lo que le impone al Juez, examinar cada caso en particular.

Además, en el evento en que haya controversia acerca de la naturaleza de los dineros retenidos en cumplimiento de la orden de embargo, le corresponde a la entidad demandada Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, solicitar el levantamiento probando la inembargabilidad de las cuentas que administra y el Juez, es quien debe calificar si procede la cancelación de la medida cautelar o esta conserva su vigencia.

Pues, aunque conforme a la ley 91 de 1989, el Fondo es una cuenta especial de la Nación cuyos recursos son destinados para atender las prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados, de manera que, tienen una destinación específica, como lo establece la ley 715 de 2011, entre su objeto está el pago de las prestaciones de los docentes afiliados (artículo 4 ibid) y al estar reservados al cumplimiento de su destinación social, gozan de protección de inembargabilidad.

Sin embargo, el Estado no puede desconocer las obligaciones de contenido laboral contraídas por él, como es el caso del pago de las cesantías, pues al existir créditos laborales insolutos por parte de las entidades públicas, la inembargabilidad de los recursos públicos sufre una excepción de naturaleza constitucional.

Al respecto, la Corte Constitucional en sentencia C-263 de 1994 expuso:

"Por otra parte, el principio de inembargabilidad no puede llevarse hasta el extremo de desconocer las obligaciones contraídas por el Estado en materia laboral, según ya lo destacó la Corte en sus fallos C-546 del 1º de octubre de 1992, C-337 del 19 de agosto de 1993 y C-103 del 10 de marzo de 1994, entre otros.

Allí se expresó -y ahora es menester ratificarlo- que cuando entran en conflicto la protección de los recursos económicos estatales y la efectividad del derecho fundamental al pago del salario y las prestaciones de los trabajadores vinculados al Estado, debe prevalecer éste último valor, pues de no ser así se desconocería abiertamente la definición constitucional del Estado Social de Derecho y se desvirtuarían las consecuencias jurídicas de ella.

Cuando el imperativo constitucional de cancelar a los trabajadores las sumas a que tienen derecho únicamente puede cumplirse por el embargo de los bienes de la entidad pública deudora, el principio de la inembargabilidad sufre una excepción de origen constitucional, pues se repite que los derechos laborales son materia privilegiada que encuentra sustento en varias disposiciones, superiores, principalmente en la del artículo 25, a cuyo tenor el trabajo goza en todas sus modalidades de la especial protección del Estado. Téngase en cuenta que, según el artículo 53 de la Constitución, la ley no puede menoscabar los derechos de los trabajadores". (RESALTADO FUERA DEL TEXTO)

En este orden de ideas, el embargo de los recursos públicos cuando existen acreencias de naturaleza laboral es procedente, pues las normas legales que consagran la inembargabilidad de los recursos públicos, no pueden ser entendidas como de aplicación absoluta, pues por el contrario tales normas deben velar por que se cumplan los principios, valores y derechos que se encuentran consagrados en la Constitución Política.

Al hilo de lo anterior, la misma Corporación en la sentencia T-262-97 M.P. José Gregorio Hernández Galindo, indicó:

Si ese carácter absoluto de la inembargabilidad pudiera predicarse, cobijando aun los casos en que el embargo busca garantizar el pago de acreencias laborales, se violaría el artículo 25 de la Constitución, por contradecir la especial protección que él consagra a favor del trabajo. Y, por tanto, los jueces de la República a cuyo cuidado se confía la efectividad de tal derecho en el plano económico, que hacen parte de la jurisdicción ordinaria en el ramo laboral, están autorizados por la misma Carta Política, tal como lo ha entendido la doctrina constitucional, para ordenar la práctica de medidas cautelares que impliquen la retención de fondos estatales siempre que la finalidad sea la anotada.

En este orden de ideas, el trabajo, que se erige como valor fundante del Estado (artículo 1) y como derecho fundamental (artículo 25), no puede resultar desconocido por la aplicación de un principio de inembargabilidad que, aunque va dirigido a proteger otros valores, debe ceder ante aquél.

(...)

Las órdenes de embargo encaminadas a asegurar el pago de obligaciones laborales recaen sobre el conjunto del patrimonio del ente demandado, con independencia de su origen (...)" (RESALTADO FUERA DEL TEXTO)

Adicionalmente, la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal, con respecto a la excepción al principio de la inembargabilidad de los bienes, en sentencia 31331 del 16 de septiembre de 2009 M.P María del Rosario González de Lemos, indicando que:



S
A
L
A

L
A
B
O
R
A
L



S
A
L
A

L
A
B
O
R
A
L

"Sin embargo, debe ésta Corte dejar claramente sentado que este postulado excluye temporalmente, el caso en que, la efectividad del pago de obligaciones dinerarias a cargo del Estado surgidas de relaciones laborales exige el embargo de bienes y recursos incorporados al Presupuesto General de la Nación (...). En aquellos casos en los cuales la efectividad del pago de las obligaciones dinerarias a cargo del Estado surgidas de las obligaciones laborales, solo se logre mediante el embargo de bienes y rentas incorporados al presupuesto de la nación, este será embargable en los términos del artículo 177 del Código Contencioso Administrativo"

Conforme a lo expuesto, la inembargabilidad de los recursos públicos no es absoluta y sufre una excepción cuando con la medida cautelar se trata de garantizar el pago de acreencias de naturaleza laboral.

Luego, a partir de los anteriores referentes normativos y jurisprudenciales la medida cautelar de embargo y retención de los dineros depositados en cuenta Bancaria denunciados por la demandante como pertenecientes a la demandada con destino al pago de cesantías, debe ordenarse porque recae sobre dineros destinados al pago de créditos como los reclamados por la demandante, sin la advertencia sobre la inembargabilidad de bienes o dineros de destinación específica como lo reclama el demandante, porque en caso de controversia sobre la inembargabilidad es al Juez a quien le corresponde resolver lo pertinente; lo mismo cuando a pesar de tal naturaleza resulta viable la medida cautelar en aplicación de los precedentes jurisprudenciales, decisiones que no se le pueden delegar a la entidad bancaria para que verifique la naturaleza de los recursos y tome la decisión de cumplir o no la medida decretada.

...





Homicidio

Presupuestos del juez para dictar sentencia / sentencia – anticipada.

Dosificación de la pena - reglas y criterios - / atenuantes –agravantes.

Suspensión condicional de la ejecución de la pena/ requisitos.

MAGISTRADO: Dr. Edgar Kúrmen Gómez

PROVIDENCIA: Apelación Sentencia Condenatoria/ 26 de Agosto de 2015

CLASE DE PROCESO: HOMICIDIO

DENUNCIANTE: De Oficio

DENUNCIADO: José de los Santos Gil Farigua

RADICACIÓN: 2014-0293

TESIS: ...” El juzgador debe encontrar en primer término los límites mínimos y máximos en los que se ha de mover, que se encuentran de manera directa, revisando el tipo penal de que se trate o como resultado de la aplicación de circunstancias modificadoras que hayan hecho presencia en la realización de la conducta punible. Estas circunstancias modificadoras son atenuantes o agravantes, y se caracterizan porque hacen presencia o se estructuran en el momento de la comisión de la conducta punible, resultando inescindibles al comportamiento y por ende caracterizándolo. Por vía de ejemplo la Sala cita el fenómeno de la tentativa (art. 27), la complicidad (art. 30), el exceso en las causales de ausencia de responsabilidad (art. 32 numeral 7º inciso 2º), el estado de ira o de intenso dolor (art. 57), la situación de marginalidad, ignorancia o pobreza extremas (art. 56), etc. Una vez determinados los extremos punitivos, se busca el ámbito punitivo de movilidad, que se define como la cantidad de pena que existe entre el límite mínimo y el límite máximo. Ese ámbito punitivo de movilidad se divide en cuartos y el juzgador seleccionará el mínimo, los medios o el máximo, según las reglas establecidas en el art. 61 del Código Penal. El cuarto mínimo debe ser seleccionado cuando no existan atenuantes ni agravantes, o concurren únicamente circunstancias de atenuación punitiva; los medios cuando concurren circunstancias de atenuación y de agravación punitiva y; el máximo cuando únicamente concurren circunstancias de agravación.



Ver
Providencia



SALA PENAL

Es obvio que las circunstancias a las que aquí se refiere el legislador son diversas a las modificadoras, que ya se tuvieron en cuenta para la determinación de los extremos punitivos y que por lo tanto no pueden volver a ser consideradas por vulneración efectiva del *non bis in ídem*. Eso significa que las circunstancias a considerar en este estadio de la dosificación son las no modificadoras, denominadas genéricas de mayor o menor punibilidad, contempladas en los arts. 58 y 55 del Código Penal. Dichas circunstancias pueden ser imputadas y deducidas cuando *"no hayan sido previstas de otra manera"*, pues si se imputaron como específicas se han debido tener en cuenta para la fijación de los límites mínimo y máximo, sin que tengan cabida nuevamente, so pena de la vulneración del principio del *non bis ídem* o de doble incriminación. Una vez seleccionado el cuarto correspondiente, el sentenciador debe determinar la pena ponderando los siguientes aspectos: la mayor o menor gravedad de la conducta, el daño real o potencial creado, la naturaleza de las causales que agraven o atenúen la punibilidad, la intensidad del dolo, la preterintención o la culpa concurrentes, la necesidad de la pena y la función que ella ha de cumplir en el caso concreto. También tendrá en cuenta para la determinación de la pena en la tentativa el mayor o menor grado de aproximación al momento consumativo y en la complicidad el mayor o menor grado de eficacia de la contribución o ayuda. Establecida la pena a imponer, respecto de ese quantum, se deben aplicar los institutos post delictuales, o como lo dice la H. Corte Suprema de Justicia, las circunstancias fácticas, personales o procesales que se estructuran con posterioridad a la comisión de la conducta punible, entre las que por vía de ejemplo se pueden citar las de los arts. 269 y 401 del Código Penal. Cuando se trate de concurso de conductas punibles, los delitos han de ser dosificados de manera individual, para saber cuál de ellos tiene cuantitativa y cualitativamente la pena más grave. El delito que la tenga será el que sirva como base para la dosificación de los otros comportamientos punibles en concurso, siguiendo las reglas y límites contenidos en el art. 31 del Código Penal, ya que la pena no puede superar hasta el otro tanto, ni ser superior a la suma aritmética de las que correspondan a las respectivas conductas punibles debidamente dosificadas cada una de ellas ni tampoco superior al máximo legal. Estas son en síntesis las reglas que se deben tener en cuenta para el proceso de dosificación punitiva por vía general y específicamente las que hemos de aplicar en el caso de autos, como se verá.

(...)."

Siguiendo las reglas enunciadas anteriormente, efectuaremos la dosificación punitiva por el delito de homicidio, cargo por el que se acusó al procesado y que aceptó en la respectiva audiencia de imputación. El delito de homicidio establecido en el art. 103 del Código Penal, modificado por el art. 14 de la Ley 840 de 2004 establece pena de 208 a 450 meses de prisión. El ámbito punitivo de movilidad para la pena de prisión es de 242 meses que dividido en cuartos arroja 60.5 meses. El cuarto mínimo oscila de 208 a 268.5 meses; los medios de 268.5 meses un día a 389.5 meses y el máximo de 389.5 meses 1 día a 450 meses. El a quo seleccionó el cuarto mínimo, según las voces del artículo 61 inciso 2º, debido a la no concurrencia de circunstancias agravantes y por la acreditación de la circunstancia de menor punibilidad derivada de la entrega voluntaria a las autoridades, evitando así la injusta sindicación a terceros (art. 55 – 7 del C.P.). Ello significa que el juez tuvo en cuenta esas circunstancias para seleccionar adecuadamente el cuarto punitivo mínimo, por lo que a este respecto su actuación se ajusta a derecho. Seleccionado el cuarto punitivo se deben tener en cuenta los criterios establecidos en el artículo 61 inciso 3 del C.P. para la determinación de la pena, tal como lo hizo el juez de primera instancia, soportando su actuación en valoraciones que esta Sala no reprocha, de la siguiente manera:

*"...no había razón para la violencia ejercida por el acusado, ya estaban citados a solucionar las diferencias a una inspección de policía, el daño que ha generado a la familia con la pérdida del ser querido que tenía escasos 21 años de edad; la forma en que es ejecutado el acto, la cobardía, el exceso, la frialdad, la insensibilidad mostrada, un caso más de abuso, intolerancia e irrespeto por la vida y que es necesario por razones de prevención general corregir de la sociedad, a ello se suma el dolo en el obrar y el huir del lugar de los hechos, criterios estos que para el despacho permiten escoger como base de pena **DOSCIENTOS VEINTE (220) MESES DE PRISIÓN.**"*



S A L A P E N A L

Ello significa que el juez tuvo en cuenta la mayor gravedad de la conducta, el daño real causado y la intensidad del dolo para no partir del mínimo de la pena, incrementándola en 12 meses para un total de 220 meses de prisión, aumento que por ello refulge adecuado y legal. Posteriormente tuvo en cuenta que el procesado aceptó los cargos en la audiencia de formulación de imputación, otorgándole la máxima rebaja de pena de 50%, teniendo en cuenta que se allanó a cargos en la primera oportunidad procesal, que se entregó voluntariamente y que ha intentado voluntariamente reparar los daños y perjuicios ocasionados con la infracción, lo que significa que el a quo tuvo en cuenta los comportamientos post-delictuales del procesado con base en lo dicho por la H. Corte Suprema de Justicia en el radicado 36502 del 5 de septiembre de 2011¹², por lo que en este aspecto la actuación del juzgador de primera instancia no merece ningún reproche, porque además no podía otorgar una rebaja superior, pues ese actuar sí entrañaría violación al principio de legalidad.

En consecuencia al otorgar la máxima rebaja del 50%, la pena correcta a imponer es la de 110 meses de prisión, por lo que la tasación punitiva realizada por el a quo es acertada, pues ponderó todos los aspectos que la defensa reprocha. Como la pena que finalmente se impone es la de 110 meses equivalentes a 9 años, 2 meses, el procesado no se hace acreedor a ningún beneficio o subrogado penal, pues su monto supera el exigido por la Ley 1709 de 2014 que es la más favorable al procesado. Ahora bien en concreto respecto de la prisión domiciliaria que solicita el impugnante, la norma exige entre otros requisitos, que la sentencia se imponga por conducta punible cuya pena mínima prevista en la Ley sea de cinco años de prisión o menos. Como la pena mínima establecida en el delito de homicidio simple en el artículo 113 del C.P., es de 13 años, fácil se advierte que el procesado no tiene derecho a gozar de pena sustitutiva. Finalmente es preciso señalar que el principio de favorabilidad que la defensa considera vulnerado, se aplica en eventos de sucesión de leyes en el tiempo, seleccionando y aplicando la permisiva o favorable, aun cuando ésta sea posterior a la comisión de los hechos. Aquí no se está en presencia de sucesión de leyes en el tiempo favorables frente al artículo 103 del C.P., pues ese tipo penal no ha sufrido modificación desde la época de comisión de los hechos. Aunque el instituto de la prisión domiciliaria se modificó en el artículo 23 de la Ley 1709 de 2014 que adicionó el artículo 38 de la Ley 599 de 2000, ese precepto no es aplicable en razón a que se exige, entre otros requisitos que deben ser satisfechos acumulativamente, que la sentencia se imponga por conducta punible cuya pena mínima prevista en la Ley sea de 8 años de prisión o menos, y en el caso de autos el delito de homicidio tiene fijada como pena mínima la de 13 años. La suspensión condicional de la ejecución de la pena también sufrió modificación en el artículo 29 de la Ley 1709 del 20 de enero de 2014, y otorgarla siempre que se reúna, entre otros requisitos acumulativos, que la pena impuesta sea de prisión que no exceda de 4 años y aquí la impuesta es de 110 meses de prisión, por lo que resulta imposible su otorgamiento. De otro lado el principio de favorabilidad no se utiliza para tasar la pena, como parece mal entenderlo el impugnante cuando refiere la presencia de situaciones que le favorecen a su defendido y que aparejarían una punición más benigna.

¹² Magistrado Ponente: Alfredo Gómez Quintero. "Los factores a tener en cuenta para efectos de mayor o menor aproximación al monto máximo de reducción deben obedecer a criterios post-delictuales, tales como el alcance del aporte benéfico a la investigación en aspectos como el descubrimiento de otros partícipes o de otras conductas punibles, **la reparación a las víctimas**, la mayor o menor economía procesal originada en la aceptación de los cargos, etc..." Resalta la Sala



S
A
L
A

P
E
N
A
L



Ver
Providencia

Ello evidencia que está lejos de prohiar la aplicación del principio de favorabilidad que sirve para establecer y aplicar una Ley que resulte favorable al procesado frente a otra que le es desfavorable.

(...)

Homicidio

Elementos materiales de prueba/ evidencia física/ oportunidad- descubrimiento.

Rechazo y decreto de pruebas/ descubrimiento de pruebas.

Presupuesto legal/ decreto de pruebas/ audiencia preparatoria.

MAGISTRADO: Dr. Edgar Kúrmen Gómez

PROVIDENCIA: Apelación Auto Interlocutorio /26 de Agosto de 2015

CLASE DE PROCESO: HOMICIDIO

DENUNCIANTE: De oficio

DENUNCIADO: Luigi Jahir Velásquez Domínguez

RADICACIÓN: 2015-0121

TESIS: ... "En sentencia de 30 de noviembre de 2011, radicado 37298, la Corte Suprema de Justicia negó la posibilidad de apelar la decisión mediante la cual se decretaban pruebas en el juicio. Posteriormente la misma Corporación en auto de 13 de junio de 2012, Radicado 36652 varió su inicial posición, manifestando que el auto por el cual se decretaba pruebas en el juicio, es susceptible del recurso de apelación por la parte opositora aludiendo a la interpretación sistemática de los artículos 20 y 359 con los artículos 176, 177 y 363 ejusdem, y al papel que debe cumplir la audiencia preparatoria y a la necesidad de asegurar la realización de los principios de depuración y eficacia probatoria. En providencia del 20 de marzo de 2013 radiado 39516, la Corte regresa primer pronunciamiento, pues con base en el principio de la doble instancia en materia probatoria es procedente el recurso de apelación únicamente respecto de las decisiones que impidan su efectiva práctica o incorporación. Ese mismo año el alto Tribunal en auto de segunda instancia con radicado 41106 del 22 de mayo, vuelve a la posición según la cual el auto que decreta pruebas es susceptible del recurso de apelación, aludiendo a la interpretación sistemática no solo del contenido exclusivo del artículo 359, sino del cotejo con el 176 inciso 3º, 20 y 363, que no dejan duda que el sentido del Legislador se orienta a que la decisión que decreta pruebas sea susceptible del recurso de apelación, como se reflexionó en el auto de 13 de junio de 2012.

Además adveró que:

"(...) Así, la posición que en lo sucesivo acoge la Sala frente al tema, se concreta en que el auto que ordena pruebas para ser practicadas en el juicio no solo es susceptible de reposición sino que además es apelable en el efecto suspensivo, todo dentro de una interpretación que prohíba la perspectiva sistémica por encima de la lectura aislada y gramatical de la ley con elementos orientadores de sistemas abandonados (...)"



S A L A P E N A L

Esta Sala de decisión había optado por la tesis inicialmente expuesta por la Corte Suprema de Justicia que consideraba que sólo era susceptible de recurso de apelación la providencia que negaba pruebas y no aquella que las decretaba. Sin embargo, como esa es la tesis que últimamente ha defendido la Corte Suprema de Justicia, en salvaguarda de los principios de seguridad jurídica y de igualdad ante la ley, se anuncia que en adelante acogeremos la segunda postura que permite desatar los recursos de apelación interpuestos contra cualquier providencia que en materia probatoria niegue o decrete pruebas.

...(...)

La Sala estima necesario precisar que solo podrán decretarse las pruebas que previamente y en los momentos procesales oportunos sean descubiertas por las partes. Recuérdese que el descubrimiento de los elementos materiales probatorios y evidencia física está supeditado a un orden **metódico** y **cronológico**, según la función y la labor que fiscalía y defensa cumplen en el actual proceso de enjuiciamiento oral, siendo evidente que dicho descubrimiento es consecuente y lógico con el orden que la Ley ha previsto respecto de la intervención de las citadas partes en aras de garantizar, entre otros, los principios de igualdad, defensa técnica, contradicción, lealtad y publicidad. El **primer momento** del descubrimiento de la prueba, dentro del contexto lógico del sistema, se encuentra previsto exclusivamente para el **fiscal**, funcionario que con la presentación del escrito de acusación **está en la obligación** de entregar al acusado, a su defensor, al Ministerio Público y a las víctimas un anexo contentivo de los elementos materiales probatorios sustento de la acusación (artículo 337)¹³. Es a partir de ese instante, es decir, del recibo de las referidas copias, cuando las demás partes y específicamente la defensa se enteran sobre qué va a versar la acusación y cuáles son los elementos de convicción que apoyan los cargos, instante a partir del cual la defensa técnica empieza la tarea propia de la labor a él encomendada. No obstante, el conocimiento formal de la acusación que por escrito presentó la fiscalía ante el correspondiente juez de conocimiento, se materializa en la **audiencia de formulación de acusación**, acto en el cual, luego de disponerse por parte del juez "el traslado del escrito de acusación a las demás partes" (artículo 339) y agotados otros ineludibles pasos, se verifica el **segundo momento** que la ley ha previsto para el "**descubrimiento de la prueba**", instante en el que, según lo dispuesto en el artículo 344, **es la defensa quien en primer término** y si a bien lo tiene, goza del derecho a solicitar al juez "que ordene a la fiscalía el descubrimiento de un elemento material probatorio específico y evidencia física", evento en el cual se **constituye en una obligación** por parte de la fiscalía proceder a cumplir el descubrimiento solicitado por la defensa y ordenado por el juez. No es caprichoso, entonces, que dentro de esa sucesión de pasos teleológicamente concebidos por el Legislador, permita que sea la defensa quien solicite en **primer lugar** el descubrimiento probatorio, pues, se reitera, hasta ese momento se está consolidando su conocimiento frente al contenido de la acusación y de los elementos materiales probatorios y evidencia física que la apoyan, pues no puede olvidarse que, **en principio**, la **fiscalía** ha contado con todas las prerrogativas y medios de investigación para sustentar y materializar dicha acusación, siendo factible

¹³ Casación N° 25920 del 21 de febrero de 2007.



SALA PENAL

(por eso se dice que en principio) que la defensa no cuente en ese instante con sus propios elementos materiales de convicción o teniendo algunos, de todos modos vea la necesidad de buscar otros que en ese acto (audiencia de formulación de acusación) aún no ha precisado, debido a que hasta ahora elaborará su estrategia defensiva o contando con ella advierta la necesidad de complementarla o adicionarla frente a los cargos de la acusación y a las pruebas exhibidas o por exhibir en el plazo que la ley contempla, claro está, se insiste, comportamiento de la defensa que está sujeto al grave principio de la lealtad. Ahora bien, si en la audiencia de formulación de acusación la defensa cuenta con algunos o todos los elementos materiales probatorios o evidencia física sobre los cuales pretende en el juicio sustentar su tesis argumentativa, en aplicación de los principios de lealtad, igualdad y contradicción, **está en la obligación de suministrarlos**, situación que, sin duda, dentro de la metodología que prevé la ley, da razón de ser a lo previsto en el citado artículo 344, inciso 2º, cuando consagra que en dicha audiencia también *“la fiscalía podrá pedir al juez que ordene a la defensa entregarle copia de los elementos materiales probatorios de convicción, de las declaraciones juradas y demás medios probatorios que pretenda hacer valer en el juicio”*, pues resultaría inadmisibles que contando la defensa con tales elementos se abstuviera de hacerlos conocer, conllevando a una clara trasgresión de los mencionados principios fundamentales sustentadores de la sistemática propia del enjuiciamiento oral. Contrario sensu, como se indicó, al ser factible que por diversos motivos razonables, el defensor del acusado no cuente en el acto de acusación con ningún elemento probatorio, resultaría ilógico exigirle lo imposible, esto es, que descubra la prueba que no posee. Por ello, la Ley 906 de 2004 consagró un **tercer momento** para el **descubrimiento de la prueba**, fase prevista en el numeral 2º del artículo 356, la cual está diseñada para que en la **audiencia preparatoria** *“la defensa descubra sus elementos materiales probatorios y evidencia física”* que no posea en la audiencia de formulación de acusación, fase que permite a la defensa, como última oportunidad, anunciar cuáles son los elementos de convicción que pretende aducir en el juicio y también el derecho que le asiste a la fiscalía para que se los descubra. Claro está que debe tenerse en cuenta que la defensa no está obligada a presentar pruebas de descargo ni contraprueba, como lo contempla el artículo 125, numeral 8º, del Código de Procedimiento Penal. No obstante, cuando el defensor del acusado pretenda hacer valer medios de convicción en el juicio, queda sujeto a la **obligación** del descubrimiento íntegro y oportuno de los mismos y conforme a las reglas en precedencia comentadas. Así mismo, debe recordarse que, como lo ha precisado la Sala Penal de la H. Corte Suprema de Justicia, *“el correcto y completo descubrimiento probatorio condiciona la admisibilidad de la prueba, pues, como lo dispone el artículo 346 de la Ley 906 de 2004, el juez tiene la obligación de rechazar todas aquellas evidencias o elementos probatorios sobre los cuales se haya incumplido el deber de revelar información durante el procedimiento de descubrimiento. Por tanto, las evidencias, medios y elementos no descubiertos no podrán aducirse al proceso ni controvertirse dentro del mismo, ni practicarse durante el juicio oral”*¹⁴.

(...)

Según las voces del artículo 357 del C.P.P el juez decretará la práctica de pruebas solicitadas cuando ellas se refieran a los hechos de la acusación que requieran prueba, de acuerdo con las reglas de pertinencia y admisibilidad previstas en el Código y el artículo 359 ibídem a su vez preceptúa que el juez podrá decretar la exclusión, rechazo o inadmisibilidad de los medios de prueba que de acuerdo con las reglas establecidas en el Código resulten inadmisibles, impertinentes, inútiles, repetitivos o encaminados a probar hechos notorios o que por otro motivo no requieran prueba. Por **conducencia** debe entenderse la idoneidad legal que tiene una prueba para demostrar determinado hecho, es decir, que esté permitida por la ley, bien porque esté incluida en la enunciación

¹⁴ Casación N° 25920 del 21 de febrero de 2007.



S A L A P E N A L

que de los medios probatorios hace el Legislador o porque no exista prohibición de utilizarla para el hecho particular que se pretende demostrar o porque el juzgador puede darle valor probatorio cuando la ley lo haya dejado en libertad para apreciarla. Por esa razón la conducencia de la prueba es aspecto de derecho, pues se trata de determinar si es posible legalmente el decreto y práctica de determinada prueba. En perfecta correspondencia a lo anterior en opinión de la Sala, el Legislador en el artículo 373 del C.P.P., estableció el principio de libertad probatoria en virtud del cual *"los hechos y circunstancias de interés para la solución correcta del caso, se podrán probar por cualquiera de los medios establecidos en este código o por cualquier otro medio técnico o científico, que no viole los derechos humanos"*, precepto legal que sin lugar a dudas refiere que todas las pruebas tienen aptitud legal o que resultarían conducentes, salvo claro está, aquellas que violen los derechos humanos. Este concepto tiene íntima relación con los conceptos de legalidad y licitud de las pruebas, en el entendido que serán conducentes todos los medios probatorios establecidos en el Código, practicados con las formalidades legales o cualquier otro medio técnico o científico (legalidad) siempre que no violen los derechos fundamentales (licitud). De otra parte el artículo 375 del C.P.P., desarrolla el principio de **pertinencia** al señalar que *"[E]l elemento material probatorio, la evidencia física y el medio de prueba deberán referirse, directa o indirectamente, a los hechos o circunstancias relativos a la comisión de la conducta delictiva y sus consecuencias, así como a la identidad o a la responsabilidad penal del acusado. También es pertinente cuando sólo sirve para hacer más probable o menos probable uno de los hechos o circunstancias mencionados, o se refiere a la credibilidad de un testigo o de un perito"*. Por pertinencia desde antaño se entendió *"la relación lógica que existe entre el medio de prueba que se solicita y el hecho por probar en el proceso, de tal manera que de la prueba se pueda demostrar el hecho mismo o un aspecto importante del **factum**, que incida en la decisión procesal final. Es pues una relación lógica que permite afirmar que el medio de prueba **sí se refiere** a los hechos discutidos..."*¹⁵. Dicho de otra forma la prueba pertinente es aquella que tiene por objeto un hecho tal que si fuera demostrado afectaría la decisión total o parcial del litigio, es decir influiría en la decisión del juez. La **utilidad** de la prueba hace referencia al móvil que debe estimular la actividad probatoria, que no es otro que el de llevar pruebas que presten algún servicio en el proceso de convicción del juez, de tal modo que si una prueba que se pretenda aducir no se funda en ese propósito, debe ser rechazada. En principio las pruebas inconducentes e impertinentes devienen inútiles. Sin embargo, existen casos en que a pesar de la pertinencia y conducencia de la prueba, ésta resulta inútil. Uno de esos casos se da cuando el hecho ya ha sido acreditado y se pretende demostrarlo nuevamente con otras pruebas que por tal razón serían repetitivas con el consiguiente desgaste de la administración de justicia, constituyéndose en injustificadamente dilatorias del procedimiento.

(...)

Tráfico, fabricación y porte de estupefacientes

Prisión domiciliaria/ sustitución medida.

Prisión domiciliaria/ madre cabeza de familia/ interés de los menores.

Madre cabeza de familia – condición de madre o padre de familia/ se debe verificar que el delito objeto de condena no sea incompatible con el interés superior del menor.

¹⁵ Temas de Derecho Procesal Penal. Jaime Bernal Cuéllar y Eduardo Montealegre Lynett. Universidad Externado de Colombia. 1983. Página 282. Concepto del doctor Manuel Corredor Parra, Fiscal Tercero del honorable Tribunal Superior de Bogotá, 30 junio 1981.



S
A
L
A

P
E
N
A
L



Ver
Providencia

MAGISTRADO: Dr. José Alberto Pabón Ordoñez

PROVIDENCIA: Apelación Sentencia /11 de Marzo de 2015

CLASE DE PROCESO: TRÁFICO, FABRICACIÓN Y PORTE DE ESTUPEFACIENTES

DENUNCIANTE: De Oficio

DENUNCIADA: MARY ÁLVAREZ SÁNCHEZ

RADICACIÓN: 2013-0989

TESIS: ...” Sin duda, en la formación de la ley 750 de 2002 el querer del legislador estaba dirigido hacia la protección de las mujeres cabeza de familia privadas de la libertad y, de otra parte, a los hijos menores y personas incapaces que de ella dependieran, pero pronto se entendió por la jurisprudencia que ese beneficio debía operar sin distingos de género a todo aquel que ostentase esa condición de cabeza de familia. En efecto, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-184-031 de 4 de marzo de 2003, con ponencia del Magistrado Dr. Manuel José Cepeda Espinosa, equiparó hombre y mujer para los efectos de la citada ley en cuanto sean cabeza de familia, *"en el entendido de que, cuando se cumplan los requisitos establecidos en la ley, el derecho podrá ser concedido por el juez a los hombres que, de hecho, se encuentren en la misma situación que una mujer cabeza de familia, para proteger, en las circunstancias específicas del caso, el interés superior del hijo menor o del hijo impedido"*. Al respecto indicó la Corte Constitucional en la sentencia antes aludida que un hombre se halla en la condición de *cabeza de familia* cuando no posee una pareja que asuma conjuntamente la dirección del hogar y que la necesidad de la presencia del padre en el seno familiar, radica no en la dependencia económica de los menores, sino en cuanto a su cuidado. Lo expuso así esa Corporación de justicia: *"(...) No basta con que el hombre se encargue de proveer el dinero necesario para sostener el hogar y asegurar así las condiciones mínimas de subsistencia de los hijos. El hombre que reclame este derecho debe demostrar que, en verdad, ha sido una persona que les ha brindado el cuidado y el amor que los niños requieran para un adecuado desarrollo y crecimiento."* (...) Se advierte que el padre cabeza de familia cuyos hijos dependan de él, no para su manutención económica sino para su cuidado y protección real y concreta, podrá acceder al derecho de prisión domiciliaria sólo cuando se reúnan los requisitos establecidos en la ley, y señalados en esta sentencia, para que el juez penal competente decida, en cada caso si ello es manifiestamente necesario en aras del interés superior del hijo menor o del hijo impedido."

Para determinar si una persona, dentro de su núcleo familiar ostenta la calidad de cabeza de familia será necesario analizar el alcance del marco normativo que define dicho concepto, de conformidad con el artículo 2º de la Ley 82 de 1993, modificado por el artículo 1º de la ley 1232 de 2008 que estipula:

"(...) es Mujer Cabeza de Familia, quien siendo soltera o casada, ejerce la jefatura femenina de hogar y tiene bajo su cargo, afectiva, económica o socialmente, en forma permanente, hijos menores propios u otras personas incapaces o incapacitadas para trabajar, ya sea por ausencia permanente o incapacidad física, sensorial, síquica o moral del cónyuge o compañero permanente o deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros del núcleo familiar".



S A L A P E N A L

Así las cosas, atendiendo la interpretación constitucional del régimen especial en materia de sustitución de la pena de prisión por prisión domiciliaria para la madre o padre cabeza de familia, es deber de la Sala velar porque este beneficio sea concedido cuando se satisfagan sus exigencias y cuando se verifique que existe la necesidad palmaria de proteger el interés del menor sin que con la negación de la medida quede expuesto al abandono y la desprotección. Una persona se encuentra en esta condición, de acuerdo al mandato legal y su interpretación judicial, sólo si la responsabilidad de subsistencia de hijos menores o personas incapaces es asumida por esa sola persona dentro del núcleo familiar ante la ausencia permanente o incapacidad física, sensorial, síquica o moral del cónyuge o compañero permanente, o de familiares que puedan estar en la capacidad de asumir dicho rol. Aunque la jurisprudencia de la Corte Suprema¹⁶ había venido reconociendo desde el año 2008 que la ley 906 de 2004 comportó un tratamiento más favorable para la persona cabeza de familia que aspira a gozar de este beneficio, en tanto, por vía de los artículos 314 numeral 5º y 461 se le despojaba de suplir requerimientos atinentes a la naturaleza del delito, ausencia de antecedentes penales o un pronóstico favorable de cara a la prevención general, recientemente ha cambiado su postura no solo admitiendo el escrutinio de aquellos requisitos¹⁷ sino también ha recordado que al estudiar este mecanismo sustitutivo de la prisión intramural el juez debe evaluar que no se afecte el interés superior de los menores con ocasión de la permanencia del penado junto a ellos¹⁸.

En ese sentido ya la Corte Constitucional con ocasión del examen que hiciera del numeral 5º del artículo 314 de la ley 906, que contempla la sustitución de la detención preventiva en establecimiento carcelario por la detención domiciliaria sin más requisitos que el de ser cabeza de familia, al declarar inexecutable las expresiones “*de doce años*” y “*mental*” lo había advertido:¹⁹ *“Ciertamente, el artículo demandado tiene una clara finalidad proteccionista, por lo que su aplicación debe entenderse circunscrita a las condiciones particulares de los menores involucrados y a la existencia de una verdadera situación de indefensión.*

(...)

De cualquier manera, dado que la finalidad de la norma es garantizar la protección de los derechos de los menores, el juez de control de garantías – o el de conocimiento agrega este Tribunal por la aplicación extensiva que se ha hecho de esta norma- deberá poner especial énfasis en las condiciones particulares del niño a efectos de verificar que la concesión de la detención domiciliaria realmente y en cada caso preserve el interés superior del menor, evitando con ello que se convierta, como lo dijo la Corte en la Sentencia C-184 de 2003, en una estrategia del procesado para manipular el beneficio y cumplir la detención preventiva en su domicilio²⁰.

Adicional a lo anterior, la Corte insiste que el interés superior del menor es el criterio final que debe guiar al juez en el estudio de la viabilidad del beneficio de la detención domiciliaria. Por ello, la opción domiciliaria tampoco puede ser alternativa válida cuando la naturaleza del delito por el que se procesa a la mujer cabeza de familia, o al padre puesto en esas condiciones, ponga en riesgo la integridad física y moral de los hijos menores.

¹⁶ C. S. J. sentencia de única instancia de 26 de junio de 2008 R 22453, reiterada en Casación de 3 de junio de 2009 R.29940, Casación de 30 de septiembre de 2009 R. 30106, Casación de 3 de diciembre de 2009, entre otras.

¹⁷ CSJ Sentencia de 22 de junio de 2011, R. 35943, M.P. Julio Enrique Socha Salamanca

¹⁸ CSJ sentencia de 23 de marzo de 2011, R. 34784, M.P. Augusto Ibáñez Guzmán.

¹⁹ Cfr sentencia C-154 de 2007.

²⁰ Con esta decisión se asegura a la vez, que los titulares del derecho realmente se lo merezcan, en razón a que es lo mejor en el interés superior del niño, no una medida manipulada estratégicamente en provecho del padre condenado que prefiere cumplir la pena en su residencia. Compete a los jueces penales en cada caso velar por- que así sea”. Sentencia C-184 de 2003 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.



S A L A P E N A L

Así las cosas, si la madre o el padre cabeza de familia son procesados por delitos contra la integridad del menor o la familia, por ejemplo, acceso carnal abusivo, el juez de garantías estaría compelido a negar la detención domiciliaria, pues la naturaleza de la ofensa legal sería incompatible con la protección del interés superior del menor.

(...)

Hechas las anteriores precisiones, la Corte reitera que la declaratoria de inexequibilidad de la norma no es una autorización automática al juez para que, siempre que encuentre hijos menores de edad, conceda el beneficio indicado. El criterio matemático y formal de la edad del menor debe ser sustituido por el criterio material, fáctico y concreto del interés superior del niño, por lo que la responsabilidad de garantizar el bienestar de todo menor de edad que está en dicha posición reposa en el juez competente”

Por su parte, como lo mencionamos, la Corte Suprema, que rectificó su postura, pregona ahora el que había sido el entendimiento de la prisión domiciliaria para la persona cabeza de familia con fundamento en el artículo 1º de la ley 750 de 2002, el que entiende se encuentra vigente y rectora su otorgamiento, solo que debe acompasarse en un ejercicio ponderativo con los intereses del menor para evaluar la procedencia del sustituto.

(...)

De lo aportado en soporte de la pretensión del mecanismo sustitutivo, la Sala concluye que en efecto la penada ostenta la condición de madre de dos menores de edad, pero de ese hecho no se sigue que ostente la condición de cabeza de familia.

En efecto, ninguna de las probanzas arrimadas trasmite los hechos que convierten a un padre o madre en cabeza de familia porque a ese propósito es menester ir más allá de la demostración de haber procreado un hijo, resultando un imperativo legal demostrar que ese hijo depende para su cuidado y formación exclusivamente de esa persona, sin que nadie más pueda contribuir en esa tarea.

Lo que no es del caso como quiera que obra dentro del plenario el conocimiento de quienes son los padres de los menores, los cuales están obligados en primera medida a suplir la ausencia de la madre. Así mismo se registró información sobre los abuelos maternos, quienes también componen la red de apoyo familiar y en dado caso podrían asumir el cuidado de sus nietos.

En tal sentido se puede sostener que existen otras personas con la facultad de asistir, cuidar y velar por los menores, propendiendo por un adecuado entorno afectivo para ellos, pues no le son ajenos, en la medida que corresponden a sus familiares más cercanos, respecto de los cuales no se demostró incapacidad física o mental para asumir dicha responsabilidad, por lo que le asiste razón al recurrente para afirmar que la sentenciada no ostenta la condición de madre cabeza de familia.

Aunado a lo anterior, esta colegiatura no encuentra un diagnóstico prospectivo favorable respecto del comportamiento de la señora ALVAREZ SÁNCHEZ de cara a la permanencia en su domicilio junto a los infantes y la prevención de amenaza social, que es un cometido privilegiado por el legislador en el régimen de la prisión domiciliaria, incluso tratándose de las personas cabeza de familia, pues su concesión queda supeditada a

que el juez concluya fundadamente que la penada no pondrá en peligro a la comunidad o a las personas a su cargo.

La valoración de la naturaleza del delito cometido y sus circunstancias trasunta a la Sala el juicio ponderado de que la sentenciada revela una personalidad carente de referentes éticos y legales, que desconoce los valores de la sociedad y sus patrones de convivencia, que no se inhibe ante la posibilidad de lucrarse con el daño a sus semejantes como lo denota el que dejara a sus hijos para aventurarse a ingresar alucinógenos a una penitenciaría donde se corrigen hombres para su retorno a la sociedad, lo que es indicativo de su capacidad para poner en riesgo los intereses colectivos y aconseja rigor en la aplicación de la pena con propósitos de prevención general y especial y resocializadores.

Para la Sala es impensable que el juez penal en un Estado Social de Derecho desatienda el cometido regulador de la vida social que le está asignado a la pena para asegurar el regular desenvolvimiento de las relaciones sociales mediante la protección de los bienes jurídicos de los asociados desconociendo su importante función en la prevención de los delitos y renunciando a hacer efectivo su papel en la lucha social contra la delincuencia con la gratuita concesión de los mecanismos sustitutos, en especial cuando se advierte que el justiciable hace una lectura personal de esas concesiones como laxitudes del sistema a las cuales puede preterir a voluntad, a más del pernicioso efecto social que produce ver que conductas graves son tratadas con benignidad.

Es que para nadie en nuestro convulsionado País resulta desconocida la gravedad de la conducta punible imputada a la señora ALVAREZ SÁNCHEZ, que tantas y tan funestas consecuencias ha traído a nuestra sociedad, con lo que considera esta Sala de decisión se actualiza la necesidad de someter a la infractora a tratamiento penitenciario para dejar un mensaje categórico de rechazo a esta forma delictual.

En este sentido es menester recordar que el delito de fabricación, tráfico o porte de estupefacientes es un tipo penal con capacidad de ofensa no solo a la salud pública a través del daño que se causa a sus consumidores sino también a otros intereses por las distorsiones que causa en diferentes niveles de la sociedad por su poder corruptor y violento y frente a semejante potencial de daño la aplicación efectiva de la pena se erige en valladar social que debe levantar el juez para su protección.

Permítasenos citar en apoyo de nuestra postura a la Corte que en una temática afín a la presente puntualizó:

*"...esta clase de conductas "constituyen un verdadero atentado contra la salubridad pública, contribuyen a la descomposición social, menoscaban los valores socioculturales de la comunidad y representan un riesgo constante para la niñez y la juventud, bases del andamiaje social". Y agrega: "Es por ello, que la sala, sin pecar de peligrosista, considera que los delincuentes dedicados a la comercialización y distribución de estupefacientes, constituyen una verdadera amenaza para la sociedad y por consiguiente, deben purgar sus penas, aún las de corta duración, privados de la libertad y sometidos a tratamiento intramural, como lo estimó el fallador primario"*²¹



S A L A P E N A L

²¹ CSJ Sentencia de 25 de agosto de 1998 M.P. Fernando Arboleda Ripoll, R. 9993.



S A L A P E N A L

Esas demostraciones de unos valores distorsionados aconsejan que la pena se cumpla en reclusión intramural para proteger también a los menores de la influencia perniciosa de ese ejemplo y modo de pensamiento, porque como lo sostuvo la Corte en un asunto semejante *"al verificar la conducta por la cual se condenó ..., –tráfico, fabricación o porte de estupefacientes- consagrada en el artículo 376 inciso 3º del Código Penal, encuentra la Sala que la convivencia con sus hijos pondría en riesgo el interés superior que les asiste, dado que la repentina decisión de transportar sustancia estupefaciente adherida a su cuerpo, cuando venía procurando el sustento suyo y de su familia en forma lícita, no asegura que la integridad física y moral de los menores permanecerá intacta, pues a sabiendas de la responsabilidad que como madre tiene de proteger y brindar bienestar a su hijos, no dudó en recurrir a la actividad delincuencia, sin importarle el riesgo y las consecuencias que podía traerle a su familia, con tal de obtener beneficios económicos"*.²²

En estas condiciones, considera la Sala, no se reúnen en el presente caso los requisitos para sustituir la pena de prisión intramural por prisión domiciliaria como madre cabeza de familia, pues no solo no se ostenta dicha calidad sino que no existe seguridad que la sentenciada no pondrá en peligro la comunidad, por cuanto su comportamiento delincuencia permite inferir que su desempeño social relacionado con el respeto a las leyes no está acorde con la axiología mínima de convivencia social y que las normas prohibitivas no fueron medio disuasivo para que se abstuviera de ejecutar la conducta; tampoco se puede inferir seria y fundadamente que cumplirá con la medida, máxime cuando se observa que realizó cambio de domicilio sin autorización del Despacho, limitándose simplemente a comunicar la novedad sin mayor justificación, pasando por alto la restricción de derechos que le asiste en virtud de la sentencia.

Para concluir dígase que en este tipo de eventos no es la decisión judicial la que afecta los derechos de los infantes sino la conducta de sus parientes o responsables y si bien esos derechos tienen un carácter prevalente no pueden tornarse en patente de corso tras la cual se escuden quienes faltan a los intereses de la sociedad, entre otros los de otros menores de edad, para cuyo efecto, deberá el ICBF permanecer atento a la situación de los menores, adoptando las medidas de restablecimiento y protección de sus derechos que resulten necesarios.

(...)

Tráfico, fabricación y porte de estupefacientes

Circunstancias de agravación.

Exclusión elementos materiales de prueba.

Ausencia de expectativa/ derecho a la intimidad – vehículos automotores.

²² Cfr. Sentencia de 23 de marzo de 2011

MAGISTRADO: Dr. José Alberto Pabón Ordoñez

PROVIDENCIA: Apelación Providencia / 26 de Marzo de 2015

CLASE DE PROCESO: TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES AGRAVADO.

IMPUTADOS: LEONARDO RAMOS CÓRDOBA Y EIMAR JAVIER VALENIA PAREDES

RADICACIÓN: 2014-0348



S
A
L
A

P
E
N
A
L



Ver
Providencia

TESIS: ...” La Policía Nacional integra la fuerza pública del Estado, y de acuerdo al artículo 218 constitucional es un cuerpo armado permanente de naturaleza civil, cuyo fin primordial es el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas, y para asegurar que los habitantes de Colombia convivan en paz. Tal finalidad se acompaña con los dictados dogmáticos de la Carta que instituye las autoridades de la República para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y en tal virtud el Código Nacional de Policía, en perfecta consonancia, reitera tal cometido misional y en su artículo 2º le asigna el encargo de conservar el orden público interno, que voces del mismo precepto resulta de la prevención y eliminación de las perturbaciones de la seguridad, de la tranquilidad, de la salubridad y la moralidad públicas.

Por eso el artículo 5º de la misma codificación dispone que los servicios de policía son medios para prevenir la infracción penal y, distingue esa actividad de aquella en que la policía actúa como auxiliar técnico del Estado en el ejercicio de la acción penal. Esas dos diferentes actividades son las que se cumplen por la Policía Nacional, entendida la primera como actuaciones de policía de vigilancia y la segunda como actos de investigación propios de la policía judicial, cuya dirección y coordinación le compete a la Fiscalía General de la Nación, según el artículo 250 Superior. En el artículo 200 de la ley 906 se explícita que por policía judicial se entiende la función que cumplen las entidades del Estado para apoyar la investigación penal y, en particular se señala que la ejercen de manera permanente los servidores investidos de esa función pertenecientes al Cuerpo Técnico de Investigación de la Fiscalía General de la Nación y a la Policía Nacional.

...(...)

Por mandato del artículo 208 de la ley 906, “*Cuando en ejercicio de la actividad de policía los servidores de la Policía Nacional descubrieren elementos materiales probatorios y evidencia física como los mencionados en este código, en desarrollo de registro personal o registro de vehículos, los identificarán, recogerán y embalarán técnicamente. Sin demora alguna, comunicarán el hallazgo a la policía judicial, telefónicamente o por cualquier otro medio eficaz, la cual sin dilación se trasladará al lugar y recogerá los elementos y el informe. Cuando esto no fuere posible, quien los hubiere embalado los hará llegar, con las seguridades del caso, a la policía judicial.*” Las actuaciones que constituyen el presupuesto de la norma citada no son otras que las que cumple la policía en



SALA PENAL

prevención del delito y en preservación del orden público que la habilita para efectuar ese tipo de controles en nuestras vías sobre los automotores que por allí se movilizan, obviamente con criterios de razonabilidad y proporcionalidad en razón a la evidente interferencia sobre los derechos de los asociados que no permite adentrarse en terrenos que entrañen una afectación injustificada de derechos fundamentales.

...

Para esta Colegiatura resulta claro que el propósito legislativo, coherente con los dictados constitucionales, no es otro que dotar a la Policía Nacional de herramientas que hagan viable su cometido misional en la preservación de la seguridad interna y el orden público, en particular dadas las particularidades de nuestro país, pues no de otra manera se ve como pueda esa institución cumplir su rol si al tiempo no se le permiten desarrollar actividades preventivas elementales como las del control en las carreteras por donde al tiempo que se mueve la economía formal y el ciudadano honesto, también lo hace la criminalidad de los más variados matices. Justamente la norma invocada fue objeto de escrutinio constitucional por su intérprete autorizado en la sentencia C – 789 de 2006, oportunidad en la que se avaló el registro de personas y de vehículos por la Policía como procedimientos de rutina autorizados por la ley con el fin de preservar el orden público, como quiera que en ellos están comprometidas la tranquilidad y la seguridad ciudadanas.

Debe la Sala acudir a la mencionada sentencia para diferenciar un aspecto asaz relevante en la definición del caso y es que una cosa es el registro de personas y otra muy diferente el de vehículos, las primeras son depositarias nada menos que de la dignidad inherente a su condición de seres humanos mientras que los otros no son más que bienes patrimoniales y no ostentan derechos, más bien sobre ellos recaen algunos derechos reales. Por esa diferentísima condición entre sujetos y objetos es que no se puede pretender transpolar sin beneficio de inventario y con desapego de la dogmática constitucional que la inspiró, algunas expresiones de la Corte Constitucional contenidas en dicha sentencia y en la sentencia C – 822 de 2005, de la manera en que lo hacen los recurrentes, al querer extender a los vehículos el mismo ámbito de protección otorgado a las personas en consideración a su dignidad e intimidad, que no son predicables de las cosas. A esos efectos es menester recordar que en esas dos sentencias el alto Tribunal se tomó el trabajo de diferenciar el registro personal realizado como parte de procedimientos preventivos por parte de la fuerza pública del registro personal realizado con el fin de recuperar evidencia física en el marco de una investigación penal y estas dos de la inspección corporal. Respecto de la primera modalidad de registro, que es el permitido a la Policía sin autorización judicial previa, se ocupa el ya citado artículo 208 del C.P.P., mientras que de la segunda se encarga el artículo 248 ib. y por comprender el registro del cuerpo desnudo o el tocamiento de órganos sexuales del imputado(a) o de un tercero relacionado con la investigación, requiere de autorización judicial previa. Con mayor razón reclama esa autorización previa la práctica de una inspección corporal a la persona, por el nivel de afectación a la dignidad, la intimidad, la autonomía, la integridad física, la libertad de conciencia y la no autoincriminación, pues en este caso se interviene el cuerpo humano, se le explora interiormente por cualquiera de sus orificios.

En la sentencia C– 822 de 2005, al declarar condicionalmente exequibles los conceptos “inspección corporal” y “registro personal”, de los artículos 247 y 248 de la ley 906, bajo el entendido que requerían autorización previa del juez control de garantías, por implicar una relevante afectación o restricción de derechos fundamentales o en palabras de la misma Corte por tener *una incidencia media o alta en los derechos de la persona*, se precisó que, *El término 'registrar', se emplea generalmente como sinónimo de de 'tantear', 'cachear', 'auscultar', 'palpar' lo cual indica que la exploración que se realiza*



S A L A P E N A L

en el registro personal, es **superficial**, y no comprende los orificios corporales ni lo que se encuentra debajo de la piel. El empleo de la expresión 'persona', permite inferir que el registro personal supone una revisión superficial del individuo y de la indumentaria misma que porta y excluye cualquier exploración de cavidades u orificios corporales. Este registro puede comprender además el área física inmediata y bajo control de la persona, donde pueda ocultar armas o esconder evidencia". (Lo resaltado es del texto original) Al retomar el estudio de la noción de registro personal, contenido como una de las hipótesis de la actividad policial en el artículo 208 ib., la Corte volvió a puntualizar en la sentencia C – 789 de 2006 que, "...el registro personal que se efectúa en desarrollo de la actividad preventiva de policía consiste simplemente en una exploración superficial de la persona, que como tal no compromete constataciones íntimas, y lo que lleve sobre sí, en su indumentaria o en otros aditamentos, con el fin, entre otros objetivos lícitos, de prevenir (no de investigar) la comisión de comportamientos que puedan llegar a generar alteraciones contra la seguridad de la comunidad. De tal manera, no conlleva este registro personal una afectación o restricción de derechos fundamentales que amerite la intervención judicial, a fin de determinar su racionalidad y proporción. Solamente habrá lugar a dicha intervención judicial cuando el registro trascienda del examen exterior de la persona y llegare a abarcar su reconocimiento físico interno, es decir, cuando acarree inspección corporal.

(...)

Para esta corporación, la facultad de **registro personal** que regula el artículo 208 bajo examen no es contraria a la Constitución pues, como se expuso anteriormente, tal norma no gravita en torno a lo que ha de realizarse en el curso de una investigación penal, sino que se circunscribe a la actividad preventiva que por mandato constitucional le compete ejercer a la Policía Nacional a fin de mantener el orden público, en facultad previsoras que, para el caso, con métodos no invasivos, permite la revisión externa y superficial de la persona y lo que lleva consigo, con el fin de dar seguridad al entorno, por lo cual su práctica no necesita autorización judicial previa.

(...)

En verdad, la palpación superficial, que no podrá extenderse a zonas erógenas, y la inspección sobre las prendas y otros objetos que las personas porten, que la policía hace directamente con las manos o con la ayuda de mecanismos magnéticos, radiológicos o electrónicos, permite determinar si el individuo lleva elementos que puedan perturbar los derechos y libertades públicas. Es, pues, un procedimiento usual, para prevenir la comisión de una conducta punible o que sea contraria a la convivencia y no para efectos de acopio o allegamiento de elementos materiales y evidencias con eventual aptitud probatoria para una instrucción penal en curso. Si casualmente son hallados, tal contingencia es la que dará lugar al consecuencial procedimiento debidamente estatuido en el artículo 208 de la Ley 906 de 2004, que es objeto del presente examen de constitucionalidad. Igualmente, el registro personal no representa una medida excesiva, ya que por tratarse simplemente de una exploración externa que no conlleva auscultar intimidades naturales del individuo, no afecta desproporcionadamente sus derechos fundamentales".

Nos hemos tomado el trabajo de citar textualmente al Tribunal Constitucional porque esos predicados relacionados con el registro personal y hasta con la invasiva inspección corporal se trasladan, absolutamente descontextualizados, al tema del registro de los automotores, como ya lo advertimos sin diferenciar que bastante va de registrar personas a registrar vehículos, respecto de los cuales por demás, anticipamos, no es tampoco predicable expectativa razonable de intimidad.



S A L A P E N A L

En ese sentido se desnaturalizan los argumentos de la Corte Constitucional cuando se pone en boca suya condicionamientos que nunca impuso para el registro de automotores, como si se tratase del registro de personas, pues en realidad cuando en algún aparte de la sentencia C- 789 de 2006, por cierto de forma lacónica, dijo que *"Las mismas consideraciones se predicán del registro de vehículos, que la policía lleve a cabo en ejecución de su actividad preventiva"*, lo hizo en alusión a la finalidad de esa actuación en cuanto *"conducente a garantizar la tranquilidad y seguridad ciudadanas, precaviendo la comisión de conductas punibles"*, y en cuanto no era menester acudir a la autorización judicial previa para su realización por la mínima afectación o restricción de derechos fundamentales que así lo ameritara. De manera alguna la Corte condicionó la exequibilidad del artículo 208 en cuanto al *registro de vehículos* a que se tratase de una revisión externa, superficial y no invasiva del mismo, como en cambio sí lo hizo para la expresión *registro personal* allí contenida, por la potísima razón de los diferentes ámbitos de afectación a derechos fundamentales que producen uno u otro procedimiento, en tanto la persona es la quintaesencia de esos derechos y el vehículo como tal no ostenta ninguno sino que sobre el recae un derecho real. Por eso, a modo de conclusión, sostuvo el hermeneuta de la Carta que, *"...los cuerpos de policía están habilitados constitucionalmente para realizar el registro de personas y de vehículos, siempre con miras a favorecer la convivencia pacífica y a asegurar la tranquilidad e indemnidad de la comunidad, en adecuado respeto de los derechos, labor que es de mera ejecución y no de realización autónoma. Pero no están autorizados para efectuar, en ejercicio de esa misma actividad, inspecciones corporales, procedimiento que requiere autorización judicial previa, ya que implica mayor afectación y restricción de derechos fundamentales del individuo"*,²³ con lo que se advierte claramente la distinción entre el registro de un vehículo y el registro de una persona y el porqué los condicionamientos de constitucionalidad impuestos para una actuación no se extienden en plano de igualdad para la otra.

...

El artículo 15 Superior preceptúa que *"Todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar"*. La Corte Constitucional ha sostenido que el objeto de este derecho es *"garantizar a las personas una esfera de privacidad en su vida personal y familiar, al margen de las intervenciones arbitrarias que provengan del Estado o de terceros"* ²⁴ y ha establecido que el área restringida que constituye la intimidad *"solamente puede ser penetrada por extraños con el consentimiento de su titular o mediando orden dictada por autoridad competente, en ejercicio de sus funciones y de conformidad con la Constitución y la ley"* ²⁵. También ha ilustrado la jurisprudencia que *"...constituyen aspectos de la órbita privada, los asuntos circunscritos a las relaciones familiares de la persona, sus costumbres y prácticas sexuales, su salud, su domicilio, sus comunicaciones personales, los espacios limitados y legales para la utilización de datos a nivel informático, las creencias religiosas, los secretos profesionales y en general todo "comportamiento del sujeto que no es conocido por los extraños y que de ser conocido originaría críticas o desmejoraría la apreciación" que éstos tienen de aquel"* ²⁶. En cuanto a los distintos aspectos que comprende el derecho a la intimidad la Corte ha señalado que este derecho *"... involucra aspectos diversos de la persona humana, que van desde el derecho a la proyección de la propia imagen hasta la reserva de espacios privados, adicionales al domicilio del individuo, en los que éste desarrolla actividades que sólo le conciernen a sus intereses"* ²⁷.

²³ *Ib.*

²⁴ Sentencia T – 405 de 2007

²⁵ Sentencia T-696 de 1996 M.P. Fabio Morón Díaz.

²⁶ SU-089 de 1995 (MP. Jorge Arango Mejía).

²⁷ Sentencia T-233 de 2007, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.



S A L A P E N A L

Precisamente, por la necesidad de garantizar espacios físicos intangibles a la intromisión de terceros, incluido el Estado mismo, para el desarrollo de la intimidad personal y familiar, se erige con rango de derecho fundamental el de la inviolabilidad del domicilio. Por eso, ha dicho la Corte, *"El normal desenvolvimiento de la persona y la necesidad de intimidad, llevan al individuo y a la familia a establecer una serie de relaciones más o menos duraderas con ciertos ambientes y lugares físicos que, en su conjunto, por constituir privilegiadas proyecciones espaciales de su personalidad y sede de sus afectos, sentimientos, esfuerzos y actividades, traducen una esfera propia de autonomía personal que debe estar a cubierto de cualquier tipo de intrusión, molestia, interferencia o invasión externa. El objeto del derecho a la inviolabilidad del domicilio es el de proteger los ámbitos en los que se desarrolla la intimidad o privacidad de la persona"*²⁸. Derivase del texto fundamental – art. 28 - que en materia de inviolabilidad del domicilio, al igual que con la libertad personal, se establece una reserva legal y una judicial en tanto, estos derechos solo pueden verse afectados por causas establecidas anteladamente en la ley y solo por disposición de las autoridades judiciales. Con relación al derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio, y la necesidad de contar con previa orden judicial para penetrar en él, se ha establecido en el artículo 32 de la constitución y en los artículos 229 y 230 de la ley 906 un régimen de excepción, a saber:

1. Cuando el delincuente sorprendido en flagrancia se refugia en su propio domicilio.
2. Cuando el delincuente sorprendido en flagrancia se acoge a domicilio ajeno, siempre que obre requerimiento al morador
3. Cuando medie el consentimiento expreso del propietario, tenedor o de quien tenga interés por ser afectado con el procedimiento.
4. Cuando existan situaciones especiales de emergencia que pongan en peligro la vida o la propiedad o en situaciones de riesgo inminente de la salud, la vida o integridad personal o sexual de un menor de edad.
5. Cuando no exista una "expectativa razonable de intimidad".

Atendidas las circunstancias de modo y lugar del caso, se detendrá la Sala brevemente en esta última causal de excepción a la cláusula de reserva judicial. Estima la ley que no existe una expectativa de intimidad que merezca ser protegida ante la intromisión de las autoridades en relación con aquellos casos en los que el objeto a registrar se encuentra a campo abierto, a plena vista o abandonado, porque se entiende que espacios de esas características no son propicios para el desarrollo de los actos íntimos o privados de la persona (art. 230 num. 2º). En nuestro ordenamiento tal concepto no tiene mayor desarrollo jurisprudencial, lo que no acontece en el sistema anglosajón de donde nos llega el instituto y donde se ha establecido un criterio para su ponderación conocido como la regla de Katz que tiene dos notas esenciales, según comenta CHIESA APONTE: *"la primera es la expectativa subjetiva que tiene el ciudadano. La segunda y decisiva es que bajo las circunstancias del caso sea razonable tener tal expectativa. La expectativa puede ser socialmente pretensiosa o inaceptable, en cuyo caso no es razonable"* El mismo autor citado agrega: *"lo crucial es el aspecto objetivo, de la razonabilidad de la expectativa, en el sentido socialmente justificable. Nuestra sociedad, para los fines de esta discusión, es una sociedad libre y democrática que no está dispuesta a tolerar cierta intrusión del gobierno frente a la intimidad del individuo (y de instituciones tales como la familia) pero la sociedad está dispuesta a tolerar un tipo de intrusión menor, socialmente deseable para bienestar general en términos de un pensamiento utilitario. Cuando el individuo reclama una expectativa subjetiva a la intimidad en circunstancias bajo las cuales la sociedad no está preparada para reconocer como legítima*

²⁸ CC. Sentencia C- 041 de 1994.



S A L P E N A L

tal expectativa, lo que se quiere decir es que la sociedad considera razonable y legítima la intrusión, e irrazonable e ilegítimo el reclamo de la intimidad” ²⁹. Esa expectativa razonable a la intimidad es el elemento que subyace en la distinción que nuestra Corte Constitucional ha efectuado entre el domicilio estricto y el domicilio ampliado, por cuanto en el primero, por tratarse de las casas y lugares de habitación y por ende de una esfera más privada e íntima, imponen una estricta reserva judicial, mientras que otros espacios cerrados menos íntimos como los lugares de trabajo, o donde se desarrollen actividades sociales no gozan del mismo grado de inviolabilidad y por lo mismo permiten el registro por parte de las autoridades administrativas o policivas, como ocurre con los registros de automotores por la policía o de establecimientos abiertos al público o sedes empresariales por parte de otro tipo de autoridades como a modo de ejemplo se autoriza a la DIAN para búsqueda de información tributaria u oficinas de control sanitario para los efectos ídem ³⁰.

...

Lo dicho implica, entonces, que entre más incidencia social tenga un ámbito de actuación de la persona, entre más se aproxime a la interacción con otros y por lo mismo más susceptible es que afecte intereses sociales, menor es la posibilidad de invocar razonablemente una expectativa objetiva de intimidad porque se trasciende de lo estrictamente privado, de ese ámbito restringido que solo importa a la persona, para incursionar en los ámbitos de lo público, donde la protección a ese derecho individual se desvanece porque no es absoluto, más aun cuando de por medio se encuentren otros intereses socialmente más relevantes que imponen el retroceso de aquel. En ese orden de ideas, un automotor en circulación por las vías no constituye un espacio protegido de la intervención estatal, porque, su interior per se no es un espacio destinado para resguardar la privacidad de las personas, no es un lugar al margen de la observación ajena, no es ambiente socialmente admitido para que tengan lugar actos propios de la intimidad personal; por el contrario, el hecho de ejecutarse con ellos una actividad de riesgo como lo es la conducción y la posibilidad de su uso para actividades dañosas a los intereses sociales justifican sobradamente que puedan ser registrados por la Policía, entre otros efectos para aquellos señalados a modo enunciativo, que no taxativo como parecen entenderlo los recurrentes, en la sentencia C- 789 de 2006, esto es “*identificar al conductor y a los pasajeros, constatar las características y la propiedad del vehículo, al igual que la naturaleza, procedencia y **legalidad de los objetos transportados***”, a los cuales podríamos sumar otros tantos propósitos que la Corte no tenía por qué enunciar casuísticamente como verificar las condiciones mecánicas, el porte de documentos obligatorios, el respeto de las reglas para el transporte de personas o cosas, las condiciones del conductor, etc..Debe entenderse, entonces, que el ámbito de inviolabilidad a un espacio no se da para honrar la propiedad, la posesión o la tenencia del bien, sino exclusivamente en razón a que ese espacio es aceptado legal o socialmente como apto para gozar de privacidad o intimidad, en principio condición reconocida constitucionalmente al domicilio, por lo que, a contrario sensu, si no es lugar adecuado para esos efectos, por los fines a los cuales el bien se encuentra destinado o atendida la esfera de afectación al derecho a la intimidad, no es posible alegar una expectativa razonable de intimidad.

...

En nuestro medio, la Corte Suprema se ha mostrado acorde con esa interpretación del alcance limitado del derecho a la intimidad que no se extiende a los automóviles y la posibilidad de su registro por la Policía, sin orden judicial, en ejercicio de labores preventivas. Así por ejemplo dijo:

²⁹ Cita tomada de la obra Nuevo Código de Procedimiento Penal de Jairo López Morales, tomo II, ediciones doctrina y ley, 1ª edición, pg 146.

³⁰ CC. Sentencia C- 505 de 1999; M.P. Alejandro Martínez Caballero.



S A L A P E N A L

*"Al efecto, baste con indicar que los setenta kilos de sustancia estupefaciente no fueron encontrados en el domicilio del procesado...sino dentro de un vehículo localizado en lugar abierto si bien ubicado en el mismo predio rural, aproximadamente a doscientos metros de la residencia, para cuyo registro la normativa constitucional y legal no exige orden de autoridad judicial ni que el funcionario que lo lleve a cabo tenga adscritas funciones de policía judicial, pues la garantía constitucional de la inviolabilidad del domicilio no tiene por objeto la simple protección de la propiedad privada sino la intimidad personal y familiar de los asociados, circunscrita a su sitio de residencia"*³¹. En otra oportunidad, si bien no específicamente relacionado con los automotores, recalcó la Corte Suprema que no es la propiedad de un bien el derecho amparado con ese principio de inviolabilidad sino la intimidad que cualquiera pueda esperar tener razonablemente en ese bien. Así apuntó que ³²,

"...la pretensión de hacer extensivo el concepto de domicilio al lugar de residencia y demás terrenos o dependencias que la integran, resulta imprecisa, porque esta garantía constitucional de inviolabilidad no tiene por objeto la protección de la propiedad privada, sino del derecho a la intimidad personal y familiar, la que se circunscribe, en principio, al sitio de residencia,

(...)

Esto ha llevado a la Corte a sostener que la garantía de la inviolabilidad del domicilio comprende en principio la vivienda, y que la ampliación de su cobertura de protección a otras áreas de la propiedad solo opera cuando en relación con ellas sea también pertinente predicar la existencia de una razonable expectativa de intimidad, consultados factores como sus niveles de privacidad o los fines para los cuales se encuentran destinadas".

Dígame, entonces, a modo de colofón en este acápite que son conclusiones de la Sala las siguientes:

- ♦ Los automotores, por regla general, no constituyen espacio destinado para el desarrollo de la intimidad personal y en consecuencia no están amparados por la cláusula de inviolabilidad sin orden judicial previa.
- ♦ En nuestro orden jurídico es lícito que la Policía en ejercicio de su cometido institucional y en prevención del delito pueda efectuar el registro de automotores.
- ♦ El registro de los automotores efectuado por la Policía en labores de control y prevención del delito puede efectuarse tanto en la parte externa como interna del mismo, esto es, la carrocería, el compartimiento del motor, la maletera, la guantera, etc, sin que, puedan predicarse que alguna parte del mismo constituya ámbito intangible reservado para la intimidad.
- ♦ En esta especie los acusados VALENCIA PAREDES y RAMOS CÓRDOBA resultaron capturados luego de verificarse que en el automotor en el que se desplazaban por una vía del municipio de Guateque, llevaban oculto un alijo con algo más de 32 kilos de sustancia alcaloide.
- ♦ Ese hallazgo ha sido cuestionado por la defensa, con la coadyuvancia del Ministerio Público, al considerar que se quebrantó una expectativa legítima de intimidad de los ocupantes del automotor y porque además se les restringió su libertad personal.

³¹ Corte Suprema, sentencia de 9 de mayo de 2002, R. 14934.

³² Corte Suprema, sentencia de 5 de junio de 2013, R. 34867.



S A L P E N A L

- ♦ Por lo primero, hemos explicado porque consideramos que un automotor, con la excepción de aquellos que se habilitan como domicilio – vehículos tipo caravana -, no constituye un espacio que socialmente pueda dar lugar a una expectativa razonable de intimidad, pues no son dispuestos ni diseñados para que la persona ejecute allí actos privados inherentes al libre desarrollo de su personalidad, ni a su vida familiar, ni por su uso natural en ellos se realizan las mismas actividades íntimas que en un domicilio, ni quedan marginados a la observación ajena, apenas si son aparatos diseñados para facilitar la movilidad y en esa medida son susceptibles a la injerencia estatal, en especial por un organismo encargado de ofrecer seguridad ciudadana y de prevenir el delito, como lo es la Policía Nacional.

Socialmente es inaceptable que se pretenda extender a los automotores los privilegios que constitucional y legalmente corresponden al domicilio para exigir orden judicial previa para su registro o que se condicionen los registros a un mero chequeo superficial asimilando la intimidad y dignidad del cuerpo humano a la de una cosa. Una tal pretensión convertiría en inútiles la presencia de las autoridades de policía en nuestras vías, los convertiría en elementos de ornato, y desconocería nuestra cruda y violenta realidad que impone permitir que se ejerzan controles permanentes y selectivos sobre los automotores que se desplazan por el territorio nacional en aras de garantizar la seguridad y orden públicos, tan afectados por la acción del crimen que muchas de las veces se sirve de ese tipo de bienes para mover el objeto de sus delitos o los instrumentos usados para su realización. Ninguna disposición legal exige a la Policía que para adelantar un control selectivo a un determinado automotor tenga que contar con motivos fundados, ni inferencias de la existencia de un delito en evolución, simplemente está habilitada para adelantarlos en prevención del delito, que es per se un fin constitucionalmente válido, sin que a contrapeso resulte desproporcionada la carga que se impone a los ciudadanos de permitir ese tipo de control en aras de cuidar de intereses tan valiosos como la pacífica convivencia, el orden público, la seguridad y el respeto de los derechos ajenos. En ese orden de ideas válidamente podían los policiales apostados en un puesto de control en una de las calles del municipio de Guateque por la cual se va hacia el vecino municipio de Garagoa dar la orden de alto al vehículo en el que se desplazaban los dos acusados y una vez detenida la marcha del mismo estaban habilitadas para revisarlo, con mayor razón si la actitud observada por estos denotaba un inexplicable nerviosismo. Es que por muy extensamente que se conciba el derecho a la intimidad y por muy pródigo que fuese su ámbito de protección para irradiarlo a los automotores, con respeto lo decimos, éste no puede extenderse a una llanta de repuesto adosada exteriormente por pernos a la carrocería del vehículo y desde luego, si algo en esa llanta llamó la atención de los policiales podían revisarla, más aun cuando su peso indicaba que adentro tenía algo más que aire y con mayor razón si el hálito expulsado al pinchar la válvula era característico de sustancia alcaloide. El hecho del hallazgo denota que no se equivocaron los agentes del orden al percibir que algo irregular ocultaban los dos ocupantes del automotor, ese “algo” que su bien entrenado ojo les permitió detectar y que los impulsó a efectuar el registro, por eso, con la permisión legal que les otorga el artículo 208 de la ley 906, procedieron legítimamente a registrarlo, en un acto que cualquier colombiano está llamado a soportar en un ejercicio de colaboración con sus autoridades para el logro de fines superiores en los que todos estamos interesados, como el vivir en paz en una sociedad libre del crimen que tanto nos agobia y que impone a nuestras fuerzas del orden, como a pocas en el mundo, el deber de actuar con esmero en la protección de los bienes jurídicos de todos los asociados.

...



S A L A P E N A L

Ahora, el otro flanco de cuestionamiento a la licitud de la evidencia probatoria cuya exclusión se pretende, es el alegato respecto a un supuesto quebranto del derecho a la libertad personal de los acusados. Pues bien, lo primero que debe resaltar la Sala es que se debe diferenciar la situación de los acusados en ese primer momento en que los agentes del orden les piden colaborar con el registro del automotor para cuyo efecto se dirigen al Comando de Policía, ubicado apenas a tres cuadras, para permitir verificar sus antecedentes y efectuar esa revisión por no resultar adecuado el lugar en el que se hallaban y un segundo momento, el de su verdadera aprehensión al verificarse que llevaban consigo una considerable cantidad de cocaína. Ese primer acto, no corresponde a una aprehensión personal ni técnicamente es una captura, sino es una momentánea restricción a la libertad que queda comprendida implícitamente en la necesidad que existe de permanecer en el lugar mientras se ejecuta el registro del automotor, que es un acto autorizado por la ley, como ocurre a diario en las vías del país con los ciudadanos que son requeridos para esos efectos mientras se desplazan en sus vehículos, o como tantos otros actos inherentes a la vida en sociedad en los que se causan molestias al derecho a la libertad por necesidades asociadas a otros intereses que deben coexistir sin desconocerse en lo fundamental, por ejemplo, como ocurre por razones de seguridad en las entidades bancarias cuando se impide la salida de sus usuarios mientras se abre la bóveda de los caudales.

Precisamente la Corte Constitucional, al resolver una acción pública de inconstitucionalidad contra el artículo 14 de la Ley 48 de 1993, por medio de la cual se reglamenta la incorporación de los varones para el servicio militar, en la que se alegaba que existía captura ilegal por la privación temporal de la libertad personal mientras la persona era conducida a realizar la inscripción y se le practicaban los exámenes de aptitud psicofísica, que en ocasiones se prolonga por más de un día, al avalar su exequibilidad argumentó que debía hacerse, “...la previa diferenciación entre limitaciones a la libertad personal que suponen una efectiva afectación de la libertad física, las cuales requieren el cumplimiento de la regla formal a la que se ha hecho referencia (el mandamiento escrito de autoridad judicial competente) y las restricciones momentáneas de la libertad personal que no son consideradas como una injerencia en este derecho y que no requieren por lo tanto el cumplimiento del requisito al que se ha hecho referencia”³³.

...

La Corte Suprema en un asunto similar al presente, al que ya hicimos alusión, con ocasión a un operativo policial en el kilómetro 42 de la carretera Santa Marta a Riohacha en el que se trasladó un vehículo y sus ocupantes hasta la primera de las ciudades para una revisión minuciosa al cabo de la cual, previa utilización de una herramienta hidráulica para romper el piso del platón, se encontraron 105 kilos de cocaína y a continuación se dio captura a quienes se transportaban, expresó ³⁴:

"No hubo, entonces, extralimitación de funciones o un tipo de actuar ilegal por parte de los miembros de la SIJIN, pues, entre otras razones, el tiempo en el cual los ocupantes de los vehículos permanecieron con ellos sin haber sido intimada su captura formal, corresponde apenas al propio de desplazarse hasta el lugar donde se auscultaría con detalle la camioneta y a los trabajos que demandó penetrar a todos sus compartimientos".

Exactamente eso ocurrió en el presente asunto porque el día de los hechos siendo las 12:30 los agentes del orden detectan la camioneta de placas BWP 179 y su intención de evadir el control policial por lo que deciden interceptarla en la carrera 3 frente al No. 7-43 y al percibir el inusual nerviosismo de los dos ocupantes optan

³³ Sentencia C- 879 de 2011.

³⁴ Corte Suprema, sentencia de 6 de mayo de 2009, R. 31592



SALA PENAL

por solicitarles un registro al automotor para cuyo efecto se desplazaron a la cercana estación ubicada en la calle 9 No. 5 –24 a donde arriban a las 12:34, según el informe de primer respondiente signado por el patrullero YONIER PEREZ MELLIZO. A I hacer una revisión de la llanta de repuesto que iba en la parte externa de la carrocería de la camioneta detectan no solo un incremento del nerviosismo de los dos ocupantes sino que el peso de la llanta era mayor al que correspondía y al extraer aire de su interior las sospechas que tenían se confirmaron por el olor a narcótico que de allí emanó y para ese momento, 12:40, piden la presencia de policía judicial que llegó a las 14:10 y procedió a abrir una fisura a través de la cual se confirmó que adentro había algo más que aire y en efecto al abrir la llanta apareció el alijo. Como se ve, apenas trascurridos 10 minutos desde el inicio de la operación policial ya existía evidencia que los dos ocupantes del automotor transportaban sustancia narcótica en el interior de la llanta de repuesto, pero, era razonable confirmar que lo advertido olfativamente por los agentes del orden se trataba de cocaína o sus derivados y para esos efectos obraron como se los imponía el artículo 208 de la ley 906. Ese precepto dispone que *“cuando en ejercicio de la actividad de policía los servidores de la Policía Nacional descubrieren elementos materiales probatorios y evidencia física como los mencionados en este código, en desarrollo de registro personal, registro de vehículos, los identificarán, recogerán y embalarán técnicamente. Sin demora alguna, comunicarán el hallazgo a la policía judicial, telefónicamente o por cualquier otro medio eficaz, la cual sin dilación se trasladará al lugar y recogerá los elementos y el informe”*. Por supuesto al acudir la Policía Judicial lo que restaba era acceder al interior de la llanta para cuyo efecto al no disponer de herramientas adecuadas para el desmonte de la misma se procedió a abrirla con un elemento cortante y de esa forma los cuatro paquetes forrados en neumáticos quedaron al descubierto y al aplicar a su contenido el test PIPH dio positivo para sustancia derivada de la cocaína. Es en ese momento, cuando se tenía certidumbre de la ilicitud por estar acreditada su manifestación objetiva, que se procedió, ahí sí, a dar captura a VALENCIA PAREDES y RAMOS CÓRDOBA y a imponerles sus derechos, lo cual es procedimiento absolutamente legítimo a la luz del artículo 32 de la Carta y mal puede reprocharse el obrar policial que se limitó a ofrecer plenitud de garantías a los en ese momento indicados antes de hacer efectiva su aprehensión.

...

Esas actividades policiales de verificación, necesarias para preservar la seguridad ciudadana y el orden público, conceptos detrás de los cuales se resguardan los derechos fundamentales de los asociados, deben armonizarse en un ejercicio de ponderación con los derechos y garantías del individuo, procurando una solución que no sacrifique ningún extremo de la balanza sino que permita su coetánea realización al menor costo posible y eso se logra en casos como el expuesto, cuando sin afectar el núcleo del derecho a la libertad se hace necesario irrogar molestias que se imponen a las personas como un precio social admisible en circunstancias que razonablemente llevan a la autoridad policial a efectuar verificaciones inherentes a su cometido misional. Por eso en esta especie los policiales no solo estaban facultados para registrar el automotor en un control selectivo, dado el inusual comportamiento de los ocupantes sino que además para efectuar ese registro, que entre otros fines admitidos constitucionalmente tenía el objetivo de constatar que elementos transportaban, menester se hacía que las dos personas permanecieran en el lugar mientras esta actividad de verificación se adelantaba, en un tiempo mínimo y apenas razonable para efectuar esa revisión, que como vimos no sobrepasó los 10 minutos y partir de la constatación de que en esa llanta de repuesto debía haber sustancia alcaloide porque las reglas de experiencia así lo indicaba, lo que restaba era establecer técnicamente su naturaleza y con ese conocimiento capturar a sus portadores. Ahora, debe dejar claro la Sala que el hallazgo del estupefaciente es previo a la captura y que esta ocurre y se fundamenta en que la sustancia encontrada

es el objeto de un delito y permite la captura en flagrancia como excepción constitucional y legal a la cláusula de reserva judicial.

Finalmente, también dirá la Sala que el hallazgo del alijo no es incidental a la captura³⁵, ni deriva de esta; es previo y producto de una actividad lícita de la fuerza pública como lo fue el registro del automotor, no de las personas, y por lo mismo, aun si se pudiese predicar una retención ilegal de los dos ocupantes, que la Sala descarta rotundamente, ese hallazgo del estupefaciente tendría una fuente independiente lícita que rompe el vínculo con el acto de aprehensión.

Recapitulando, para la Sala la prueba cuya exclusión se pretende no se muestra ilícita ni ilegal y por tanto, ostenta condiciones para ser admitida y practicada en el juicio oral.

...(...)



S
A
L
A

P
E
N
A
L



³⁵De acuerdo a la sentencia C- 822 de 2005 es el registro que se efectúa de manera superficial al capturado, a la indumentaria que porta, y a los objetos bajo control físico de la persona capturada, como un bolso, como quiera que por su cercanía física éstos pueden ser usados para ocultar armas o evidencia física, que puedan ser usadas en contra de las autoridades que realizan la captura o que pueden ser empleadas para facilitar la huida de la persona capturada o proteger de la destrucción o el ocultamiento elementos materiales probatorios o evidencia física que se encuentren en posesión de la persona capturada.



Acción de Tutela

Debido proceso – procedencia excepcional.

Seguridad jurídica.

Acceso administración de justicia.

Patrimonio público.

MAGISTRADO: Dr. José Horacio Tolosa Aunta

PROVIDENCIA: Acción de Tutela/ 03 de Septiembre de 2015

CLASE DE PROCESO: ACCIÓN DE TUTELA

DEMANDANTE: INSTITUTO COLOMBIANO DE DESARROLLO RURAL – INCODER -

DEMANDADO: JUZGADO CUARTO CIVIL DEL CIRCUITO DE TUNJA

RADICACIÓN: 2015-0402

TESIS: ...” El tema a tratar es el alegato del actor, respecto a que el bien es baldío y, por tanto, como pretensión se inscriba a nombre de la Nación hasta que “se clarifique la propiedad del mismo” por existir prohibición de prescribir por la vía adquisitiva esa clase de bienes. Para dilucidar el punto, se deja expresa constancia que la última afirmación es cierta, por cuanto no se puede prescribir – a lo sumo adjudicar por el organismo competente y con el lleno de los requisitos legales – un terreno baldío y mal haríamos los jueces de Colombia en desconocer tal obligación que debe regir nuestras actuaciones. Empero, para dilucidar lo propuesto, menester es acreditar la condición de “baldío” del bien que refiere el proceso sentenciado en el procedimiento agrario que se cuestiona por la vía superior. Del escrito de tutela o de la actuación en el proceso 2011- 0289, tramitado en el juzgado Cuarto Civil de Tunja, no emerge prueba que acredite la condición de “baldío” del predio “El Mortiño” ubicado en la vereda Rominguirá del municipio de Soracá (Boyacá), el cual se identificó y alinderó en esa actuación. El escrito de amparo, en esencia se funda en la sentencia T- 488 de 2014 de la Corte Constitucional. Si bien es cierto, esa sentencia puntúa sobre la prohibición de prescribir los baldíos, lo cual obedece esta colegiatura, y realiza un estudio de esa categoría de tierras, su regulación y las prohibiciones y limitantes en su adquisición, la misma no es contundente en precisar que aquellos bienes que no



Ver
Providencia

estén registrados en un folio de matrícula inmobiliaria, o figurando en él, no tengan inscritos titulares de derechos reales, adquieran la calidad de tierras baldías, sino que utiliza el vocablo presuntamente, para señalar que pueden llegar a serlo.

Haciendo historia, el problema de la propiedad de la tierra ha sido reiterado desde hace siglos en la Nación Colombiana, desde aquellos tiempos de la conquista española, cuando se discutió sobre si los indígenas tenían alma, con el fin de negarle derechos y usurparles sus tierras, hasta nuestros días, se constituye que inclusive uno de los puntos centrales en las negociaciones de paz en LA HABANA, pasando por la regulación que se implementó en el siglo XX, entre otros, en la famosa Ley 200 de 1936 o ley de tierras de López Pumarejo, la cual lejos de ser una concesión de las élites, fue obligada al influjo de los ideales de la Revolución Agraria Mexicana de Villa y Zapata, con su grito de "la tierra es para quien la trabaja", bellamente condensada en un canto de Víctor Jara llamado Juan sin tierra. Se trae este breve antecedente histórico, pues esta Sala ha tenido la oportunidad de sentenciar sobre la vigencia y aplicabilidad del artículo 1º de la Ley 200 de 1936, que ampara la posesión a favor del particular sobre la tierra, siempre que preceda su explotación, para concluir que los fundos que no poseen folio de matrícula inmobiliaria, o poseyéndolo, no tengan inscritos titulares de derechos reales, se presumen no baldíos sino propiedad de particulares y es al Estado a quien le corresponde probar que si son baldíos y de su propiedad. Sobre este punto, en la sentencia de fecha catorce de diciembre de 2010, con radicado de segunda instancia 2010-0554, esta Sala con ponencia del Doctor LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA, consigno que *"procede la declaración de prescripción sobre predios agrarios cuando aparezcan indeterminados, si quien acciona demuestra dos importantes presunciones, desconocidas por el fallo recurrido. En primer lugar, el artículo 762 del C.C. en concordancia con el artículo 766 numeral 4º ibídem determinan que la posesión es la tenencia de una cosa con ánimo de señor y dueño. De las reglas en cuestión se infiere que el poseedor se reputa dueño mientras*

otra persona no justifique serlo. Presunción que cobija todo tipo de posesión sin excepciones. A su vez la Ley 200 de 1936, reitera la presunción de propiedad privada de un predio rural o agrario cuando hay explotación económica del suelo y si deja de ejercer la posesión surge a favor de la Nación la extinción del derecho de dominio; obligando a explotar la tierra, incorporando trabajo humano, permitiendo el desarrollo de la agricultura y de la ganadería, a fin de alcanzar un predio adecuadamente explotado. Precisamente el artículo 1 señala:

"Se presume que no son baldíos sino de propiedad privada, los fundos poseídos por particulares, entendiéndose que dicha posesión consiste en la explotación económica del suelo por medio de hechos positivos propios de dueño, como las plantaciones o sementeras, la ocupación con ganados y otros de igual significación económica. El cerramiento y la construcción de edificios no constituyen por si solos prueba de explotación económica, pero si pueden considerarse como elementos complementarios de ella. También a las porciones incultas cuya existencia sea necesaria para la explotación económica del predio, o como complemento para el mejor aprovechamiento de este" (Subrayas de la Sala). Obsérvese que el art. 1 de la Ley cita, al ser sustituido por el artículo 2 de la ley 4 de 1973, amplió poderosamente la misma presunción. Por ende, no resulta de recibo para la Sala, la tesis expuesta por el fallo de primer grado, puesto que tanto las normas sustanciales previstas en el C.C., como las disposiciones especiales de carácter agrario, que forman un conjunto armonioso, consignan una díada de presunciones legales a favor



S
A
L
A

C
I
V
I
L

F
A
M
I
L
I
A



S
A
L
A

C
I
V
I
L

F
A
M
I
L
I
A

del poseedor, reputándolo dueño en la regla 762 del C.C., "(...) mientras otra persona no justifique serlo", y en la del artículo 1 de la Ley 200 de 1936, recogida por el artículo 2 de la Ley 4 de 1973, cuando "(...) presume que no son Baldíos sino de propiedad privada (...)", los predios rurales o agrarios poseídos por los particulares en forma productiva. Probando el hecho fundante de la presunción, esto es, la posesión o la explotación de la tierra por quien funge poseedor, automáticamente el particular queda amparado por ella y relevado de la carga probatoria, resultando eximido de probar que se trata de un bien privado, invirtiendo de paso la carga de la prueba al oponente. Así las cosas, no es al particular a quien le corresponde probar que el bien sea de propiedad privada y que ha salido del patrimonio estatal o que no es baldío, como lo expone la decisión de primer grado, pues las reglas citadas surgen como dique de contención a favor del poseedor, que únicamente puede ser derruido por quien alegue el título de dominio, sea persona natural o jurídica, de derecho privado o de derecho público (la Nación por ejemplo, si se enarbola la tesis de ser bien baldío). En efecto, es a la inversa, debió probarse que la "(...) Nación no ha dejado de tener el dominio del bien" y para desvirtuar la presunción, que no de derecho, ineludible era demostrarlo, porque la carga de la prueba corresponde al demandado u oponente para enervar la pretensión del poseedor. No se trata de un arquetipo inconexo, antojadizo, sino de todo hilvanado, entre la legislación sustantiva civil y la agraria, la del Código Civil y la de las leyes 200 de 1936, y 160 de 1964 que por principio, amparan a quien demuestra posesión. La inspección judicial con las pruebas allí recaudadas, de sobra demuestran la posesión del actor, emergiendo la presunción que lo ampara.

...

La Ley 160 de 1994, no hizo tábula rasa del ordenamiento anterior, recuérdese, que expresamente, postuló la no derogatoria del artículo 2 de la ley 4 de 1973, que recogió el sistema de presunciones prohijados por el artículo 1 de la ley 200 de 1936. La Corte Suprema, en precedente que conserva toda su vigencia, sentencia de Casación del 31 de octubre de 1994, expediente 4306 con ponencia del Dr. Nicolás Bechara S. expuso:

"(...) con todo, el citado requisito de ser prescriptible el objeto materia de pertenencia, es, el de no tratarse de bienes de uso público ni pertenecer ellos a entidades de derecho público (Art. 407, núm. 4, C. de P. C.), no significa sin embargo que, frente a la prescripción extraordinaria y respecto de fundos rurales, el actor esté en la obligación de demostrar que el bien no es baldío" por haber salido del patrimonio del Estado y haber ingresado al de los particulares, pues esa exigencia no se la impone el legislador, que por el contrario consagra un principio de prueba de dominio en su favor, al disponer en el artículo 1 de la ley 200 de 1936 que " se presume que no son baldíos si no de propiedad privada los fundos poseídos(...) bien distinta ha sido, ha inclinado por facilitar al acotar la obtención de la sentencia declarativa en mención, con la única exigencia de demostrar posesión en forma y términos de ley.

"(...) y es que tal exigencia no tiene ni siquiera cabida en el evento en que el Estado concurriera personalmente al proceso a disputarles el predio al actor, porque en virtud de la presunción de dominio consagrada a favor de este último en el artículo 1 de la Ley 200 de 1936, en la forma en que fue modificado por el artículo 2 de la Ley 4 de 1973, sería a aquel a quien le correspondía acreditar, para enervar los efectos de la acción perentoria en comento, que el bien no ha salido nunca de su patrimonio por cuanto sobre el recaería la carga de la prueba en contrario.



S
A
L
A

C
I
V
I
L

F
A
M
I
L
I
A

De manera que si el actor ejerce posesión económica sobre el predio rural pretendido en usucapión, en ningún caso podrá exigírsele que ese bien “no es baldío” por haber salido del dominio del estado y haber pasado a ser propiedad privada; y, por ende, constituye notorio error desconocer que, acreditándose por parte del usucapiente posesión económica sobre el bien, en principio el que tiene la calidad de propietario, no solo cuando el proceso se adelanta sin la comparecencia personal del Estado, sino cuando este interviene en esa forma discutiéndole el dominio al actor. Mayor desacierto se presenta si en primera hipótesis, el juzgador niega la declaración de pertenencia apoyándose en la presunción de baldío establecida en el artículo 2 de la Ley 200 de 1936, pues la aplicación de esa norma es únicamente viable cuando el actor no ejerce posesión económica sobre el predio (...) de suerte que es muy distinto, repítase una vez más, el fenómeno que se presenta cuando se trata del ejercicio de la acción petitoria del dominio puesta en marcha por poseedor de un predio rural, porque en este caso, (...) al actor basta acreditar la posesión(...) para que se presuma dueño, y es al Estado a quien, en caso de oposición, le corresponde mostrar, en virtud de la presunción de dominio ya aludida y consagrada allí a favor del poseedor demandante, que el correspondiente bien no ha salido nunca de su patrimonio” (Subrayas de la Sala)³⁶. *Y no se trata de un precedente insular, el citado, puesto que la CSJ., Sala de Casación Civil, en el expediente 5448, sentencia del 28 de Agosto del 2000, con ponencia del Dr. José Fernando Ramírez Gómez, al casar una providencia del Tribunal de Cundinamarca – Sala Agraria, por haber considerado baldío un predio de carencia de registro de propiedad sobre el mismo, corrige el equívoco del Tribunal, en el juicio jurídico de la normativa prevista en las Leyes 160 de 1994, 135 de 1961 y los Decretos reglamentarios. La Corte entonces, invocando el precedente del 31 de octubre de 1994 del expediente 4306, muy al contrario reiteró la doctrina vertida en la aludida sentencia, para luego casar el fallo, enseñando que un certificado con ausencia de titulares de derechos reales no permite colegir la calidad de baldío del predio, pues de ninguna manera “(...) el actor, tratándose de la usucapión sobre bienes rurales, tiene la carga de demostrar que el bien no es baldío, es decir, que salió del patrimonio del Estado y que ingresó en el de los particulares, “(...) pues esa exigencia no la impone el legislador”. Antes por el contrario, dice la Corte, presume el dominio y la propiedad privada a favor del actor, cuando este presenta una explotación económica del suelo en los términos del art 1º de la ley 200 de 1936, que precisamente es la norma que reconoce la citada presunción”. Igualmente, en la misma providencia, se resolvió sobre las reglas que a luz del artículo 407 numeral 5º del C.P.C, deben cumplir en procesos agrarios los certificados que expide el Registrador de Instrumentos Públicos y Privados, sea o no inscritos o posean o no titulares de derechos reales inscritos, señalándose que, “**Del certificado del registrador sin titulares de derechos reales inscritos y las presunciones sobre el derecho de dominio en cabeza de particulares** .*

Para la Sala, la tesis expuesta por la jueza, en su decisión de primer grado, no es de recibo, pues tal como disiente el Ministerio Público, el hecho de que la oficina de Registro competente, señale que no aparecen titulares de derechos reales, no permite colegir que el bien materia de usucapión no ha salido del dominio público y es baldío nacional, debiendo adquirirse exclusivamente mediante título otorgado por el Estado, siguiendo las voces del Art. 65 de la citada Ley y de los arts. 1 y 3 del Decreto 2664 de 1994 o normas similares. Contiene la decisión de primer grado una interpretación equivocada de la doctrina de la Corte Suprema de Justicia, e invierte, tratándose de un bien agrario, injustificadamente la carga de la prueba, argumentando que no se ha probado que el bien sea de propiedad privada y por ende, de que haya salido del patrimonio estatal, desvertebrando los principios medulares de la posesión, al desconocer el régimen especial de presunciones que militan a favor de los poseedores agrarios.

³⁶ CSJ., Sala de Casación Civil del 3 de octubre de 1994, expediente 4306. la sentencia del 31 de enero de 1963 publicada en la G.J.C. I Pág. 44, defiende análogo criterio.



Pero igualmente contiene una interpretación equivocada del art. 407 del C. de P. C., porque a partir de la certificación expedida por el competente registrador infiere equivocadamente que el bien no es de carácter privado, al no aparecer registrado porque no posee matrícula inmobiliaria, luego, por tal razón no podía obtenerse por prescripción.

Para la Sala, analizando el plexo normativo y la doctrina, la posición del juzgador de primera instancia resulta errada porque no todos los bienes inmuebles existentes en el país se encuentran registrados, y en segundo lugar, el hecho de que no aparezcan titulares de derechos reales inscritos, no implica que el bien no sea de carácter privado.

...

El art. 407 núm. 5 del C. de P. C. expresa:

*"A la demanda deberá acompañarse un certificado del registrador de instrumentos públicos en donde consten las personas que figuren como titulares de derechos reales sujetos a registro, o que no aparece ninguna como tal. Siempre que en el certificado figure determinada persona como titular de un derecho real principal sobre el bien, la demanda deberá dirigirse contra ella". Mirada la regla transcrita, corresponde al registrador certificar una de las siguientes circunstancias: 1. Las "(...) personas que figuren como titulares de derechos reales sujetos a registro (...)", o 2. Certificar "(...) que no aparece ninguna como tal". La segunda hipótesis es la que, justamente, certifica el registrador en el asunto objeto de alzada, cuando expresa: "(...) **No se encontró que la señora Ana Laura Carranza de Carranza o ninguna otra persona figure como TITULAR DE DERECHO REAL** (...)". No entiende la Sala, cuál era el tipo de certificación exigida por el juzgador de primera instancia, si lo atestado por el registrador corresponde a la segunda de las dos únicas formas inexcusables que para provocar la acción de pertenencia, admite la regla 407 del C. de P. C. Tampoco son ciertas, las tautologías traídas por la recurrida como venero de la negativa para usucapir, al inferir que de la certificación aludida, contentiva de esa segunda hipótesis, se deducía perentoriamente que por el bien no aparecer registrado, y en consecuencia, sin matrícula inmobiliaria, corolario obligado devenía, que el bien no era de dominio privado y por tanto no era susceptible de prescripción, siendo posiblemente baldío. Si tal argumentación, fuera coherente con la preceptiva del art. 407 del C. de P. C. núm. 5, de tajo habría que expeler del ordenamiento jurídico esa segunda hipótesis arriba pergeñada, según la cual, resulta atendible y pertinente, legitimar al poseedor, para estimular la pertenencia, cuando se adosa la certificación expedida por el registrador, de que como titular de derechos reales "(...) no aparece ninguna como tal". Al golpe advierte esta Sala que esta modalidad de certificación nadie la ha derogado, y el legislador por décadas la ha viabilizado como idónea para usucapir por quien explota y humaniza la tierra y el mundo externo, transformándola cuando incorpora trabajo humano. La regla analizada ha sido objeto de control constitucional por vía de acción, sin embargo, esa hipótesis normativa en cuestión continúa vigente.*

En relación con ello dijo la Corte Constitucional en la sentencia C-275/06:

"3.2 En cuanto a la exigencia -que acusa el actor- contenida en el numeral 5 de dicho artículo de acompañar un certificado del registrador de instrumentos públicos en donde consten las personas que figuren como titulares de derechos reales sujetos a registro, o que no aparece ninguna como tal y la precisión de que siempre que en el certificado figure determinada persona como titular de un derecho real principal sobre el bien, la demanda deberá dirigirse contra ella, la Corte ha puesto de presente de manera reiterada que su finalidad además de asegurar el respeto del derecho de defensa a través de la conformación del legítimo contradictor, es la de asegurar la primacía de los principios de seguridad jurídica y de eficiencia, economía y celeridad procesales, pues se bus-



ca lograr claridad frente a la situación de titularidad de derechos reales principales sujetos a registro sobre el bien que se pretende obtener mediante la prescripción adquisitiva.

"En el mismo orden de ideas la Corte ha puesto de presente los deberes especiales que surgen en este caso tanto para el Registrador de instrumentos públicos como para el demandante.

"Al respecto ha señalado concretamente la Corporación lo siguiente:

"4.2. Finalidad del certificado que ordena la disposición acusada. Deberes especiales para quienes participan en el proceso de su expedición.

"El certificado expedido por el registrador de instrumentos públicos, de que trata el numeral 5o. del artículo 407 del C.P.C., demandado, constituye un documento público (C.P.C., art. 262-2) que cumple con varios propósitos, pues no sólo facilita la determinación de la competencia funcional y territorial judicial para la autoridad que conocerá del proceso -juez civil del circuito del lugar donde se encuentre ubicado el inmueble (C.P.C., art.16-5)-, sino que también permite integrar el legítimo contradictorio, por cuanto precisa contra quien deberá dirigirse el libelo de demanda. (Subrayas extexto).

"Así se tiene que, el sujeto pasivo de la demanda de declaración de pertenencia estará conformado por la persona o personas que aparezcan en el aludido certificado como titulares de derechos reales principales sujetos a registro -propiedad, uso, usufructo o habitación- sobre el bien en litigio, a quienes se les notificará del auto admisorio de la demanda, permitiéndoles iniciar la correspondiente defensa de sus derechos. Si en ese documento no se señala a nadie con tal calidad, porque no hay inscrito o no se ha registrado el bien, se daría lugar al certificado negativo, obligando dirigir la demanda contra personas indeterminadas..."

Puestas así las cosas, esta Sala considera razonable, coherente, fundado y aplicable, el mantener el precedente que protege al particular en esa posesión y lo que de allí se deriva, referido a que en casos como el de la actuación que se cuestiona por vía de tutela, bajo la égida del artículo 1º de la Ley 200 de 1936 (con su modificación introducida por el artículo 2º de la ley 4ª de 1973) el particular está amparado por la presunción que es de su "propiedad privada" en términos de la ley, la tierra que le fue reconocida como suya por vía de la prescripción adquisitiva, la cual no es considerada baldía, sin perjuicio de que el Estado, en este caso el INCODER desvirtué esa presunción que así lo amerite y de la cual no hay presencia en la actuación agraria o en esta constitucional, pues no puede partirse a nivel de inferencias no demostradas, si no que al efecto se requiere prueba que así lo atestigüe como lo denuncia el accionante, una construcción a base de indicios, pero que cumplan los pasos y constituya la prueba que el bien sí es baldío, sin olvidar que en el folio 3 del escrito de tutela, el mismo actor reconoce que no se estableció con certeza la naturaleza del bien objeto de noticia, esto es si es de propiedad pública o de un particular. En esas condiciones no se vislumbra la presencia de los efectos que el actor le endilga al juez acusado y que refieren a aquellos llamados orgánico, fáctico y sustantivo, si se tiene presente que al no acreditarse probatoriamente la condición de baldío del predio "El Mortiño", el juzgado tiene competencia para tramitar y fallar el proceso, con apoyo en las pruebas que acredita los presupuestos axiológicos necesarios para acceder a la propiedad del fundo por la vía de la prescripción adquisitiva y bajo las reglas sustantivas y procedimentales vigentes en su trámite y decisión. De otro lado, no puede olvidar esta colegiatura, que cuando la Corte Constitucional profirió la sentencia T- 488 de 2014, en el numeral 8º de la parte resolutive ordeno al INCODER "que adelante, con fundamento en el informe



S
A
L
A

C
I
V
I
L

F
A
M
I
L
I
A

presentado en el numeral anterior, los procedimientos de recuperación de baldíos a los que haya lugar. Dentro de los cinco (5) meses siguientes a la recepción del precitado documento, el Incoder deberá informar a la Procuraduría General de la Nación y a la Contraloría General de la República los avances en esta orden, especificando, por lo menos, el (i) número de procesos iniciados, (ii) fase en la que se encuentran y (iii) cronograma de actuaciones a ejecutar. Copia de este informe se enviará a la Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional”. Bajo esa orden, es claro que el INCODER debe acometer los procedimientos y acciones necesarias con el fin de recuperar terrenos baldíos que hayan sido prescritos irregularmente, lo cual es necesario, legal y apoyado por esta Sala, ya que todos los funcionarios públicos debemos proteger el patrimonio de la Nación de las entidades territoriales o de los organismos estatales. Acorde con la orden y analizado el cuerpo de la sentencia T-488 de 2014, advierte este juez plural que esas acciones de recuperación deben acometerse con pleno respeto al ordenamiento jurídico colombiano, respetando las reglas sustanciales y procesales que debemos venerar, tanto los particulares como el Estado y sus funcionarios. En ese escenario, es indudable que surgen dos vías para esa reclamación al interior de las actuaciones de los jueces agrarios del país, bien sea que el proceso ya esté sentenciado o que no haya llegado a esa etapa. En el primer evento, se abre la puerta del recurso extraordinario de revisión, el cual enlista una serie de causales, para el estudio y la definición del mismo, entre otras la aparición de nuevos documentos, que no pudieron allegarse oportunamente sin culpa del actor y que pueden variar sustancialmente lo resuelto o la falta de citación procesal de quien ha debido ser. Y se enmarca en una actuación en la cual se tiene el tiempo para intentarla y la oportunidad probatoria suficiente para acreditar lo que se alega como omisión del juzgador, que no es por esencia la vía de amparo, por la brevedad de los términos que imponen limitaciones al debate probatorio. Con lo cual se logra el justo propósito de salvaguardar los bienes de la Nación o recuperarlos si indebidamente han salido de su propiedad demostrada. Por lo señalado en la referida sentencia T-488 de 2014, de la Corte constitucional, el aquí actor, como representante del Estado encargado de proteger los bienes de la Nación, debe acometer las dos acciones, que le ordenó la Corte, esto es clarificar los títulos de los bienes que alega son baldíos y prevalido de la prueba que demuestre que los fundos a reclamar si son baldíos, destruyendo las presunciones de la Ley 200 de 1936 y del artículo 762 del C.C. Continuando con lo aquí propuesto, advierte este Tribunal, que el actor cuenta con mecanismos idóneos, precisos y oportunos para salvaguardar o recuperar los bienes públicos, y en ese orden de ideas también compete cumplir el ordenamiento a los jueces de la república, teniendo presente que el INCODER debe clarificar la situación sobre los inmuebles objeto de discusión para concurrir a la actuación con las pruebas que respalden sus pretensiones. Finalmente en el tema de la UAF, esta Sala ha sido reiterada en señalar que la Ley 160 de 1994 no contiene prohibiciones para usucapir y, por tanto, no ha modificado las exigencias del Código Civil en ese aspecto, pues la misma sólo prohíbe el que se fraccione predios por debajo de los límites de la UAF, en materia sucesoral. Corolario a lo consignado en precedencia, esta Sala advierte que no se ha vulnerado derecho fundamental alguno del actor y por tanto se negará protegerlo.”

...(...)

Acción de Simulación

Existencia del negocio secreto – verdadera voluntad de las partes.

Capacidad de los contratantes/ causa lícita-objeto lícito.

Indicios/ manifestación pública de la voluntad de las partes debe ser disfrazada.



MAGISTRADO: Dr. José Horacio Tolosa Aunta
PROVIDENCIA: Apelación Sentencia/ 11 de Agosto de 2015
CLASE DE PROCESO: ORDINARIO DE SIMULACIÓN
DEMANDANTE: CLARA INÉS SIERRA DE CABAL
DEMANDADO: VÍCTOR MANUEL PARRA
RADICACIÓN: 2014-0318

S
A
L
A

C
I
V
I
L

F
A
M
I
L
I
A

TESIS: ..." ha de precisarse en primer orden, que 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. Así que quien ejerza la acción de simulación debe acreditar la existencia del negocio secreto o verdadera voluntad de las partes, y una vez dismantelada ésta, con ello se extinguen los efectos de la declaración aparente. Para que pueda adelantarse la declaratoria de simulación, 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, despojar la real voluntad engañosa.

...

Igualmente, está presente, la capacidad de los contratantes (art.1502 del C.C.), en razón a que no se probó lo contrario en especial, en la persona del vendedor; es lícito el objeto del contrato (compraventa de bienes inmuebles que trata los artículos 1849, 1857, 1931, 1868 ibídem), además de ser promovidos por una causa lícita (artículo 1524, 740 ibídem) dado que no son prohibidos por la ley y no se probó contrariar las buenas costumbres o el orden público, y originados bajo el consentimiento pleno de las partes, porque al no comprobarse otra intención distinta a la tradición de la propiedad, se refuta aceptable y valida la negociación contenida en el título escriturario objeto de contradicción. El vicio que hace ver el juzgador, para declarar su invalidez, no reviste la envergadura, que de por sí a de presenciarse en el acto, y en los términos que lo define el artículo 1512 ibídem, el parentesco que el demandado pueda tener respecto de la vendedora, alejado de ser veraz o no, no es óbice, para catalogar valido el contrato, es claro que no hay reflejo de error en cuanto a los contratantes, pues la no condición de hijo en el comprador –discutido por la actora-, no representa vicio en el consentimiento, el acuerdo de voluntades que espontáneamente se quiso pactar, y en el que tanto CONCEPCIÓN PARRA AGUIRRE, como VÍCTOR MANUEL PARRA, fueron consientes de querer obligarse mutuamente, relaciona nítidamente las partes del negocio, y frete a ello, ninguna de éstas manifestó reparo alguno, ni aun por la vendedora se vislumbra,



Ver
Providencia



S A L A C I V I L F A M I L I A

señal de reproche en cuanto a pretender contratar con PARRA. Precisiones éstas que sirven de base para destacar, la improcedencia de la acción deprecada, bajo el entendido que no emerge causal alguna que invalide los actos, ni absoluta, ni relativamente, por la misma razón de hallarse suscritos bajo las formalidades y con los requisitos sustanciales que exige la ley.

De otro lado, adentrándonos en la causa que promovió el proceso, es preciso establecer, que cuando 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. En principio 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. 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.” ³⁷

Dadas las circunstancias en que se produjo el acto jurídico hoy demandado, necesario es adelantar un estudio minucioso, de cada una de las razones que dieron lugar a la realización del negocio impugnado, y de esta manera, establecer si dentro del presunto interés contractual se configura la intención de disfrazar la verdadera voluntad de los declarantes. Es por esto que siguiendo con atención las pautas antes mencionadas para la búsqueda de la existencia de un posible acto simulado, se da paso a indagar si se encuentran presentes. El asunto cuestionable y que pone de presente el impugnante, en aras de obtener el quiebre de la sentencia recurrida, en lo que respecta a la simulación del acto, se centra en la valoración probatoria otorgada por el juzgador, para arribar a la decisión que terminó por acoger las pretensiones. En cotejo de cada uno de los indicios resaltados por el Juez, con el contenido de las pruebas recaudadas, se logra establecer, que en efecto, sobresalen razones para llegar a determinar la veracidad del negocio jurídico atacado, en virtud a que no se logra confrontar otra intención diferente a la de transferir el dominio al adquirente, en la medida que la vendedora al disponer libremente de su patrimonio, opta por llevar a cabo su voluntad, en uso de la autonomía privada que caracteriza a los contratantes, y transferir el dominio del bien; máxime cuando no se logra extraer, ninguna circunstancia que dé lugar a entender la vulneración de derechos de terceros, y menos los que ahora viene a aducir la demandante, en tanto que el acto jurídico cuestionado, no tiene la virtualidad de quebrantar derecho patrimonial alguno; pues es evidente, que el objeto de la negociación no recayó sobre la totalidad de los bienes de la tradente, sino de una parte mínima que no alcanza a representar mayor repercusión en la insolvencia total del haber de la causante CONCEPCIÓN. Y porque, analizada con detenimiento la prueba testimonial, de ella no emerge situaciones de hecho, que configure la existencia de un motivo, para encubrir algún propósito defraudatorio o engañoso. De manera que como bien lo advierte la Corte -en aparte jurisprudencial antes citado-, 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; y si en este caso no se ha probado un presunto ardid en las enajenaciones, susceptible de afectar intereses económicos, la escueta acusación de una eventual simulación, queda descartada, por cu-



S A L A C I V I L F A M I L I A

³⁷ CSJ. Sala de Casación Civil, sent. del 30 de julio de 2008. M.P. William Namén Vargas.



S
A
L
A

C
I
V
I
L

F
A
M
I
L
I
A

anto es claro que no concurren indicios demostrativos, acerca de que la negociación de la fracción de terreno, obedeció a un concierto simulatorio, oculto, entre los contratantes, dado que no fluye probatoriamente otra intención o voluntad en ellos, diferente a la de realizar la transferencia de dominio. Nótese que ni aun en los hechos de la demanda se enuncian las posibles causas, que sobrevinieron para realizar en forma encubierta o disfrazada la negociación, pretendiendo la vendedora deshacerse de su patrimonio. Por tanto la ausencia de prueba de la causa simulandi, lleva a desatenderse las pretensiones, pues, pese a que insistidamente, la accionante manifiesta que el contrato materia de debate, es simulado, la acusación no pasa de ser un reproche meramente enunciativo, al punto de no indicarse, la presunta situación que ocultaban los contratantes o por lo menos la vendedora, de querer despojarse de su patrimonio en forma simulada. En suma no se plantea hipótesis alguna que entre a cuestionar la seriedad del acto jurídico, como tampoco se demostró, esa situación oculta que encubre el contrato atacado. Con todo, siendo que el negocio jurídico constituye el más alto postulado de la voluntad privada, lo que significa, que de ordinario sus autores son soberanos de convenir las reglas que los regirán, tanto que representa ley para las partes y no puede ser invalidado sino por el consentimiento mutuo o por causas legales (artículo 1602 del C.C.), lo que ha de presumirse, como punto de partida antes de entrar a indagarse en el pretenso artificio, es la seriedad del negocio, y no su simulación; de manera que la voluntad manifiesta por las partes conserva todo su vigor mientras no se demuestre lo contrario. Fundamento, a partir del que dada, la ausencia de motivos serios y contundentes inclinados a descubrir un pacto secreto entre los contratantes, es por esto que no puede inferirse, en modo alguno, la existencia de acuerdo simulatorio, ni siquiera deducir que el contrato de venta es una simple artimaña vacía de contenido y creada deliberadamente con el único propósito de engañar a terceros. Ni aun así, de las circunstancias derivadas del precio ínfimo recusado, la no revelación frente a sus vecinos de la realización del acto, así como la falta de capacidad económica del comprador, pueden considerarse indicios conductores a dismantelar y hallar el verdadero interés de las partes, y por ese mismo sendero, permitir predicar el carácter de ficticio de los aludidos negocios; habida razón que tales acusaciones no fueron en concreto probadas dentro del plenario, tanto así que la prueba testimonial recaudada, y única incorporada al proceso, revela el acercamiento y relación estable que existía entre CONCEPCIÓN y VICTOR MANUEL, sin que de ella pueda interpretarse intenciones indicadores de concierto engañoso, orientado a configurar indicios que lleven a dismantelar el acuerdo ficticio. Luego la causa simulandi, como uno de los elementos valiosos 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 el primer aspecto sobre el cual debe indagarse, cuando se trata de simulación, para contar con un número significativo de razones que produzcan convicción y certeza absoluta 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, el móvil simulandi, porque en ausencia de éste, se constituye en indicio inclinado a robustecer la seriedad y veracidad de la negociación. Es usual, por simple lógica, que exista una fuerza volitiva en los contratantes para querer exteriorizar una aparente realidad, pues resulta incomprensible, que el fingimiento se planee sin haber una razón o interés cierto y valedero para ello, nadie simula un acto por mera liberalidad; y es precisamente ese sustento factico el que se echa de menos, aquel que se convierte en el norte del que partiría la indagación, para hallar la veracidad de los indicios. Razones que tampoco se lograron comprobar a través de los medios de convicción practicados, lo que desvirtuaría en primera medida la simulación. Sobre el eventual indicio o motivo que conduciría a hallar probada la simulación, la convocante no la sustentan, no precisa las razones de facto en que se basa la acusación, por lo que tal ausencia argumentativa lo que llevaría en cambio, es a que se descarte por completo la



insinceridad del negocio. En particular, la conservación de la posesión material del bien en cabeza de la vendedora, no constituiría en sí, un indicio contundente para tildar de falaz el acto, toda vez que en observancia del contenido del título escriturario, 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 el fundo, y no por ello deba tildarse esa postura del vendedor, como un indicio generador de causa simulandi. Respecto al precio, en vista de la falta de prueba idónea –dictamen pericial- que informara el valor comercial de la fracción de terreno negociada, para la época en que se suscribió el contrato, y que regularmente podía haberse pactado, el valor acordado de la venta, no puede abiertamente tacharse de ínfimo, luego éste indicio, así como el sobreviniente de la falta de capacidad económica del comprador, que da cuenta la versión de JAIRO ALEJANDRO SIERRA y la misma accionante, -sospechas, desde luego no menospreciables-, en ninguna forma pueden tomarse como una demostración fehaciente de la ocurrencia de la simulación, pues al no poderse sujetar una causa o motivo probado, que llevara al actuar engañoso de los contratantes, se tornan en simples conjeturas carentes de fundamento fáctico. En ese entendido, el precio también refleja disminución, cuando el vendedor se reserva los usufructos, es decir, el uso y goce de la cosa, lo que de por sí apareja el que al convenir con su contratante esa deducción, el valor final, ha de ser menor, como reconocimiento a esa renuncia temporal de derechos por el comprador. Es usual, por simple lógica, que exista una fuerza volitiva en los contratantes para querer exteriorizar una aparente realidad, pues resulta incomprensible, que el fingimiento se planee sin haber un fundamento racional para ello, la simulación lleva implícita una intención oculta secreta entre las partes; y es precisamente ese sustento de hecho el que no se relaciona en el líbello ni sobresale probatoriamente.

...

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 erige de manera contundente, sobre indicios enderezados a demostrar, que la manifestación pública de la voluntad de las partes es disfrazada. Y entre tanto el recurso de alzada invocado tiene éxito, abriendo paso a la revocatoria del fallo impugnado.

...

Agrario de Pertenencia

- Prescripción adquisitiva de dominio – usucapión.
- Prescripción extintiva de dominio – liberatoria.
- Suma de posesiones/la posesión puede ser ejercida a través de dependientes.



S
A
L
A

C
I
V
I
L

F
A
M
I
L
I
A



Ver
Providencia

MAGISTRADA: Dra. Adriana Saavedra Lozada

PROVIDENCIA: Apelación Sentencia/ 25 de Febrero de 2015

CLASE DE PROCESO: ORDINARIO AGRARIO DE PERTENENCIA

DEMANDANTE: NIEVES ISLENIA MURCIA SÁNCHEZ Y OTROS

**DEMANDADO: LUIS ANTONIO MURCIA SANTANA Y PERSONAS IN-
DETERMINADAS**

RADICACIÓN: 2014-0136

TESIS: ... Según el artículo 2512 del Código Civil y la doctrina reiterada por la Corte Suprema de Justicia, la prescripción cumple con dos funciones en la vida jurídica, pues, no sólo extingue el derecho que se puede tener sobre las cosas por la falta de ejercicio o no uso oportuno de las acciones legales, sino que también, permite adquirir las cosas ajenas por haberse poseído estas, con ánimo de señor y dueño, en forma pacífica y tranquila, sin interrupción alguna por el término que señala la ley. La institución reviste dos formas: prescripción extintiva o liberatoria y prescripción adquisitiva o usucapión. Cuando la prescripción asume la modalidad de adquisitiva, es modo de adquirir el derecho de dominio, instituida por el artículo 2518 del C.C. como un modo de ganar el dominio de las cosas corporales ajenas muebles o inmuebles, y los demás derechos reales apropiables. Es ordinaria o extraordinaria; la primera, fundada sobre la posesión regular durante el tiempo que la ley requiere (art. 2527 C.C.), con justo título; y extraordinaria, apoyada en la posesión irregular, en la cual *"(...) no es necesario título alguno y se presume de derecho la buena fe, sin embargo de la falta de un título adquisitivo de dominio (G.J., T. LXVI, pág. 347)"*. En ambos casos, exige que se demuestren los elementos que la configuran, los cuales son: a). Posesión material en el usucapiente. b). Que la cosa haya sido poseída durante el tiempo exigido por ley, en forma pública, pacífica e ininterrumpida. c). La identidad de la cosa objeto de usucapión. d). Que la cosa o derecho sobre el cual se ejerce la posesión sea susceptible de adquirirse por usucapión.

a) La posesión material actual. A voces del artículo 762 del C.C. es *"(...) la tenencia de una cosa determinada con ánimo de señor y dueño (...)"*, es decir, requiere para su existencia de los dos elementos, el *ánimus* y el *corpus*. El primero, es el elemento interno, psicológico, la intención de ser dueño, que por escapar a la percepción directa de los sentidos, es preciso presumir de la comprobación plena e inequívoca de los actos materiales y externos ejecutados continuamente y por todo el tiempo que dure la posesión y que constituyen la manifestación visible del señorío, de los que pueden presumirse la intención o voluntad de hacerse dueño, mientras no aparezcan otros que demuestren lo contrario; y el *corpus*, es el elemento externo, la detentación física o material de la cosa. Los dos deben ser acreditados plenamente por el prescribiente, para que la posesión como presupuesto de la acción, junto con los otros requisitos señalados permita declarar la pertenencia.

b). Que la cosa haya sido poseída durante el tiempo exigido por ley, en forma pública, pacífica e ininterrumpida. Dependiendo del tipo de prescripción demandada y del régimen jurídico aplicable, sea éste el previsto en la Ley 50 de 1936 o el de la Ley 791 de 2002, el legislador fija un tiempo determinado para usucapir, siendo en el primer régimen la prescripción ordinaria o extraordinaria de 10 o 20 años respectivamente; y en el

segundo de 5 o 10 años.

Además, esa posesión debe haberse cumplido de manera pública e ininterrumpida, derivada de hechos ostensibles y visibles ante los demás sujetos de derecho, es otro de los requisitos exigidos por el legislador. Se trata de la aprehensión física directa o mediata, que ostente el demandante ejerciendo actos públicos de explotación económica, de uso, transformación acorde con la naturaleza del bien en forma continua por el tiempo exigido por ley y con exclusión e injerencia de los demás. Por supuesto que este requisito puede llenarse igualmente con la suma de posesiones.

c) Identidad posesoria de la cosa usucapida, debiendo estar identificado el bien debidamente y si fuere el caso, el globo mayor de conformidad con el art. 76 del C. de P. C., el núm. 10 del art. 407 *ejusdem*, y art. 18 del Dto. 2148 de 1983 modificado por el art. 2 del Dto. 2354 de 1985; y art. 19 del Decreto 2148 de 1983, complementados por el Decreto 2157 de 1995, tratándose de inmuebles. Y si se trata de muebles por todas sus calidades y características.

d). Que la cosa o derecho sobre el cual se ejerce la posesión sea susceptible de adquirirse por usucapión, por encontrarse en el comercio y ser de propiedad de un particular.

...

La posesión puede ser ejercida directamente o a través de dependientes, es viable conformarla con actos propios y de antecesores, evento este último para el cual debe fundarla en un título idóneo para transferirla y probar que efectivamente, además de la continuidad, ésta fue ostentada por sus antecesores y lo es de la calidad exigida por la ley. Así, nuestro ordenamiento legal ha reconocido la facultad de sumar posesiones, cuando se dispone de antecesores siempre que el título sea eficaz para transferirla, o cuando se obtiene por el modo de la sucesión por causa de muerte. La suma de posesiones, entendiendo por ésta la entrega material mediante la cual el poseedor de un inmueble la transmite a un nuevo poseedor, puede clasificarse como *accessio possessionis* y la *successio possessionis*. La *accessio possessionis* es por actos entre vivos, es decir que tiene el deber de acreditar el vínculo jurídico por medio de un título o instrumento idóneo; diferente a la denominada *successio possessionis* que no es más que el vínculo jurídico de posesión, mediante la cual el causante fallecido transmite la posesión a sus herederos por causa de muerte. Al poder agregar el tiempo de su antecesor o antecesores, el último poseedor podrá beneficiarse, y ganar por prescripción un bien determinado. Cuando el prescribiente no ha poseído el tiempo legalmente necesario para adquirir la cosa o derecho por prescripción, si su antecesor ejecutó actos posesorios, bien puede acudir el primero de ellos a la denominada sucesión jurídica de posesiones, como unión o incorporación de posesiones que el poseedor actual de un bien puede hacer suyas las anteriores, para todos los efectos legales. La relación de hecho mantenida por los antecesores está reconocida en el ordenamiento civil, en los artículos 778 y 2521 del C.C., como una forma benéfica de proyección del poder de hecho de las personas sobre las cosas, el primero de ellos preceptúa: "(...) sea que suceda a título universal o singular (1008), la posesión del sucesor principia en él; a menos que quiera añadir la de su antecesor a la suya; pero en tal caso se le apropia con sus calidades y vicios(...)". Y, el artículo 2521 del C. C. dispone: "(...) Si una cosa ha sido poseída sucesivamente y sin interrupción, por dos o más personas, el tiempo del antecesor puede o no agregarse al tiempo del sucesor, según dispone el artículo 778(...)". Así, la unión de posesiones puede derivarse bien por causa de muerte, o por acto entre vivos, a título universal o a título singular. El reconocimiento que hace el artículo 778 del C.C. de la unión de posesiones, en armonía con el artículo 2521 *ibídem*, permite lograr el acceso a la propiedad mediante la prescripción adquisitiva, partiendo de la siguiente noción: la posesión comienza con el sucesor , y ,



S
A
L
A

C
I
V
I
L

F
A
M
I
L
I
A



S
A
L
A

C
I
V
I
L

F
A
M
I
L
I
A



Ver
Providencia

per se no se transfiere a menos que quiera (el sucesor) añadir la de su antecesor a la suya. Para que tenga ocurrencia el fenómeno de la incorporación de esa condición fáctica se hace necesario:

1. Vínculo o negocio jurídico. Que exista un negocio jurídico o pontón traslativo entre el sucesor y el antecesor que permita la creación de un vínculo sustancial como la compraventa, permuta, donación, aporte de sociedad, etc.; sin que se requiera para su demostración escritura pública necesariamente.
2. Identidad en la cosa poseída y sucesión cronológica ininterrumpida. Que el antecesor o antecesores, hayan sido poseedores del bien homogéneamente y la cadena de posesiones haya sido ininterrumpida;
3. Entrega. Que se entregue el bien de suerte que, se entre a realizar los actos de señorío calificadorios de la posesión.

De ese modo se sanea, se estabilizan las relaciones jurídicas, se deja libre de vicios y de errores la propiedad.

...

Responsabilidad Civil Extracontractual

Elementos Axiológicos/ Presupuestos Normativos / Responsabilidad Civil.

Concurrencia de Culpas – Actividades Peligrosas.

Indemnización de Perjuicios/ Perjuicios Materiales- Perjuicios Morales.

MAGISTRADA: Dra. Adriana Saavedra Lozada

PROVIDENCIA: Apelación Sentencia/ 30 de Abril de 2015

CLASE DE PROCESO: ORDINARIO RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL

DEMANDANTE: ALEJANDRA SUÁREZ SALINAS Y OTROS

**DEMANDADO: EMPRESA COLOMBIANA DE ENCOMIENDAS
“ENCOEXPRESS S.A.”**

RADICACIÓN: 2009 – 0166 / 2013 - 0706

TESIS: ...” Quien vulnere o incumpla sus deberes de conducta, contractuales o extracontractuales, impuestos en interés de otro sujeto de derecho o afrente los derechos fundamentales o de la colectividad debe reparar el daño producido. Entonces, la responsabilidad será contractual si medía convención entre los sujetos de derecho así en-

contrados, al paso que si ella no existe, la responsabilidad será extracontractual.

Para asegurar la convivencia pacífica de los asociados, el legislador se aprovisiona de instrumentos o herramientas efectivas para garantizarles que nadie puede ejercer sus derechos en forma injusta y arbitraria. Dentro de ellos está el límite que se impone al individuo para el ejercicio de ciertas actividades y derechos. Por ello cuando el titular se excede y traspasa esos límites, responde por los daños que su conducta antijurídica ocasiona. El tema de la responsabilidad civil extracontractual está regulado en nuestra legislación en el Código Civil, a saber:



Los arts. 2341 a 2345 del Código Civil consagran la responsabilidad civil extracontractual por el hecho propio o con culpa probada, directa o personal. Las reglas 2347 a 2349 y 2352 *ibídem* consignan la responsabilidad por el hecho ajeno, *in vigilando*, por el hecho de un tercero, responsabilidad indirecta o refleja, al haber sido ejecutada por persona diferente a la que debe asumir la obligación de indemnizar, pues la conducta del tercero compromete la de quien debe vigilar, cuidar o seleccionar. Es la responsabilidad por el hecho de las personas que están al cuidado o bajo la dependencia de otras. Los preceptos 2350 a 2357 del Código Civil colombiano consignan la responsabilidad por el hecho de las cosas animadas e inanimadas, donde la mutación de la situación física anterior es producida por una cosa con o sin vida y la responsabilidad corre por cuenta del guardián.

A su turno, el artículo 2356 ha sido el punto de apoyo para la estructuración de la responsabilidad civil directa o indirecta por actividades peligrosas con la presunción de culpa de quienes manejan bienes peligrosos, para algunos, hoy, objetiva o por riesgo bajo el arquetipo del riesgo o grave peligro. En la regla 2356 de la codificación civil no es la víctima sino el agente quien genera la inseguridad de los coasociados al ejercer una actividad que si bien es lícita, implica un riesgo capaz de provocar un daño.

Sea que se demande la responsabilidad contractual o extracontractual, sin desconocer sus diferencias significativas, ha de comprobarse en forma obligatoria la concurrencia de ciertos elementos axiológicos, como los son:

...

Doctrina nacional y extranjera llaman a este primer elemento el hecho dañoso y lo identifican como la modificación o transformación de una situación anterior. Empero, resulta más lógico hablar de la conducta de la persona o del agente que por acción u omisión, directa o indirectamente es causa o se convierte en la fuerza o circunstancia que modifica, transforma o descompone el mundo exterior por sí, por interpuesta persona o por medio de una cosa o actividad causando un perjuicio.

Siempre será necesaria una conducta activa o pasiva en la producción del daño por parte del demandado, para que éste pueda ser responsable. Debe estar plenamente probado el insuceso que ocasionó la lesión.

(...)

La existencia de un daño o perjuicio es el presupuesto fundamental de las acciones reparatorias, de ahí que se prefiera hoy hablar del derecho de daños, antes, que de responsabilidad. La destrucción, el detrimento o afectación de bienes jurídicos, implica un

S
A
L
A

C
I
V
I
L

F
A
M
I
L
I
A



S
A
L
A

C
I
V
I
L

F
A
M
I
L
I
A

lesionamiento patrimonial material o inmaterial. De modo que para la responsabilidad, extracontractual o contractual es ineludible que el demandante haya sufrido un daño. El simple hecho del comportamiento culposo del agente no genera por sí solo la responsabilidad, pero el perjuicio debe aparecer probado, debe ser: 1. Ciertamente, no eventual sino real; 2. Directo, es decir, consecuencia inmediata del comportamiento antijurídico; y determinado.

(...)

El vínculo o nexo es la relación de causalidad, que implica una dependencia de causa a efecto entre la conducta o comportamiento lesivo, o entre el hecho dañoso y el correspondiente perjuicio (daño) o resultado, o entre el incumplimiento contractual y el perjuicio. Es el ligamen entre diversos fenómenos, donde uno, es efecto jurídico del otro, pero puede romperse por causas no imputables o extraña al responsable (hecho de la víctima, fuerza mayor, caso fortuito o hecho de un tercero). Es decir, se trata del nexo causal entre la conducta humana por sí, por interpuesta persona, cosa o actividad que por acción u omisión, en obligaciones preexistentes o frente al deber de cuidado, causa el perjuicio. La relación de causalidad apareja que se responda por los efectos de la propia conducta del agente que causa perjuicio a la víctima.

(...)

Se trata del elemento subjetivo que permite atribuir el hecho, el acto o la conducta al agente dañador a título de dolo o culpa, es decir, significando que el comportamiento se realice en forma intencional o por falta de previsión de un resultado previsible, o del resultado que habiéndose previsto se confía en poderlo evitar, (o porque en el caso de preterintención en la responsabilidad penal el resultado excede la intención del agente); jugando importancia la capacidad de la persona para autodeterminarse para que pueda predicarse culpabilidad. Para el caso de la responsabilidad contractual el incumplimiento contractual debe tener su fuente en algunas de la forma de culpabilidad previstas en el art. 63 del C.C. que gradúa los tipos de culpa acorde con el beneficio reportado por el acuerdo obligacional, concordante con el título 12 del libro cuarto del C.C.; mientras que la extracontractual tiene su fuente en la culpa aquiliana, sin diferenciar modalidad alguna de ella, y regulada en el título 34 del mismo libro cuarto, debiendo demostrarse la culpa del deudor; salvo en actividades peligrosas, donde se presume, mientras para otros, se trata de una responsabilidad objetiva. Ciertamente la culpabilidad civil, adquiere algunas especificidades porque es totalmente transigible y desistible.

Este es el factor subjetivo, que algunos autores como los hermanos "MASEAU" definen como "*El error de conducta que no lo había cometido una persona cuidadosa situada en las mismas condiciones externas que el autor del daño*", y que al decir en los términos del Art. 2356 del C.C., lo constituye "*la malicia*" o "*negligencia*" que se le puede imputar a una persona.

Y como ya se expresó, tratándose de actividades peligrosas como resulta ser el asunto que ahora convoca la atención de esta Colegiatura, gobernadas por el ámbito del art. 2356 del C.C., habrá que demostrar el comportamiento antijurídico, el perjuicio o daño y el nexo de causalidad, el cual puede ser interrumpido por causa extraña: fuerza mayor, caso fortuito, el hecho de un tercero o la culpa de la víctima, si se enmarca esta



S A L A C I V I L F A M I L I A

modalidad de responsabilidad como objetiva, siendo innecesario demostrar el elemento culpa. Si el art. 2356 del C.C. se visualiza como una presunción de culpa, es decir, presunción del elemento subjetivo del causante del daño, el agente se libera demostrando la ausencia de culpa, esto es, diligencia y cuidado; mientras que si se conceptualiza como presunción de responsabilidad, se libera o exonera de la obligación, probando alguno de los factores que destruyen el nexo causal, es decir, demostrando causa extraña, diferencia que como lo expone el profesor Tamayo Jaramillo ³⁸ deviene en el derecho colombiano de la comparación entre las reglas 2347 y 2354 del C.C.

Se trata, en estos casos, de una presunción de responsabilidad, aún cuando para otros, corresponde a una presunción de culpa, presunta por cierto, como lo ha decantado una larga e inveterada doctrina pergeñada desde 1938³⁹. De modo, que no obstante, lo dicho en precedente reciente, que desliga la culpa en el ejercicio de actividades peligrosas, para ubicarla como un tipo de responsabilidad objetiva bajo el arquetipo del riesgo o grave peligro, al asentar que:

"(...) la culpa, no estructura esta responsabilidad, tampoco su ausencia demostrada la excluye ni exime del deber de reparar el daño, esto es, no es que el legislador la presume, sino que carece de relevancia para estructurarla o excluirla, en cuanto, el deber resarcitorio surge aún sin culpa y por el solo daño causado en ejercicio de una actividad peligrosa en consideración a ésta, a los riesgos y peligros que comporta, a la lesión inferida y a pesar de la diligencia empleada"⁴⁰, Para esta Sala, resulta incuestionable que la regla 2356 entraña una presunción de responsabilidad a favor de la víctima, más no de culpa, dispensando entonces al afectado de demostrar la culpa, más no de los otros elementos axiológicos.

En síntesis, en este elemento, nos encontramos con el elemento volitivo: la intención, negligencia o imprudencia del causante del perjuicio. Y si se trata de responsabilidad extracontractual su comprobación genera la correspondiente declaración de responsabilidad, salvo que medie causa extraña que rompa el nexo causal, siempre y cuando no prospere excepción alguna de fondo que enerve la acción indemnizatoria.

Tratándose del ejercicio de dos actividades peligrosas tal como acontece en el *sub examine*, donde los acontecimientos se dieron como consecuencia de la colisión de dos vehículos automotores en movimiento; la doctrina no ha sido coincidente sino más bien variada, y hasta caótica, ensayado diferentes teorías:

1. La teoría de la neutralización de presunciones de culpa, en donde las dos presunciones se anulan entre si y en consecuencia dan pasó a la responsabilidad por culpa probada del artículo 2341 del código civil, debiendo la víctima probar la culpa de quien causó el daño. Los precursores de esta teoría son Planiol, Ripert, y Josserand.
2. La teoría de la relatividad de actividades peligrosas, en cuyo caso la actividad más peligrosa absorbe, subsume o recoge la actividad menos peligrosa.
3. La teoría de la presunción de culpabilidad, aplicándose en favor de las víctimas y en contra del agente; defendida igualmente, por teóricos y doctrinantes franceses.

³⁸ TAMAYO JARAMILLO, Javier. *Tratado de responsabilidad civil*, Tomo I, Editorial Legis, Bogotá, D.C. 2007 p. 994.
³⁹ C.S.J. Sala de Casación Civil. Sentencia de 14 de marzo de 1938, XLVI, 211-217, memorada y luminosa por cierto.
⁴⁰ COLOMBIA. C.S.J. Sala de Casación Civil. Sent. (24) de agosto de dos mil nueve (2009), M.P. William Namén Vargas, exped. 11001-3103-038-2001-01054-01



S
A
L
A

C
I
V
I
L

F
A
M
I
L
I
A

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, en tratándose de colisión de actividades peligrosas, algunas veces, ha pronunciado:

“Más exactamente, la aniquilación de la presunción de culpas por concurrencia de actividades peligrosas en la generación de un daño, presupone que el juez advierta, previamente, que en las específicas circunstancias en las que se produjo el accidente, existía cierta equivalencia en la potencialidad dañina de ambas, pues de no darse esa correspondencia, gravitará siempre en favor de la víctima la presunción de que el demandado fue el responsable del perjuicio cuya reparación demanda”.

(...)



CONSEJO EDITORIAL

**Dra. María Isbelia
Fonseca González.**

Presidenta

**Dr. José Horacio
Tolosa Aunta.**

Vicepresidente

**Dr. Marco Aurelio
Cely Higuera.**

Secretario General

**Dra. Sandra Liliana
Mendoza Jiménez.**

Relatora



RELATORÍA TRIBUNAL SUPERIOR DE TUNJA
Palacio de Justicia, carrera 9 No. 20-62, oficina 102
Teléfono (7) 7444170
Correos electrónicos: reltsboy@cendoj.ramajudicial.gov.co y
reltribsuptun@gmail.com