



**RAMA JUDICIAL
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
BOLETÍN 03 DE 28 DE FEBRERO DE 2013**

1. PROVIDENCIAS DE INTERÉS DE ESTA CORPORACIÓN

1.1 Sala Civil

“El problema jurídico por resolver por la Sala se centra en verificar si La calidad de la *litis* se define según la pretensión y sólo mediante el análisis de ésta se determinará la competencia entre el juez civil y el juez laboral.

“EL OBJETIVO DE LA ACCIÓN INSTAURADA NO ES EL DE COBRAR UNA OBLIGACIÓN DERIVADA DE UNA RELACIÓN LABORAL, POR CUANTO ENTRE ÉSTE Y EL DEMANDADO NO EXISTE VÍNCULO DE TAL ÍDOLE; COMO TAMPOCO, PUEDE INFERIRSE, QUE SE TRATE DE UN DEBATE ATINENTE AL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD SUSCITADA ENTRE ALGUNOS DE LOS SUJETOS A QUE REFIERE LA NORMA TRANSCRITA”. (...)

a) Antecedentes

La sociedad Emergencia Código Azul Ambulancias y Transportes Especiales presentó demanda ejecutiva singular contra la sociedad Sambyp S.A., con el objeto de obtener el pago de las sumas de dinero incorporadas en las facturas de venta arrimadas como base de la acción; libelo dirigido al Juez Civil Municipal de la ciudad.

Repartido el asunto, le correspondió al Juzgado 14 Civil Municipal de éste distrito, en donde a través de auto de 15 de diciembre de 2010, se rechazó la demanda y se dispuso su remisión al Juez Laboral del Circuito, tras considerar que conforme al numeral 4º del artículo 2º del Código Procesal del Trabajo, modificado por el artículo 2º de la Ley 712 de 2001, el asunto debía ser conocido por la jurisdicción ordinaria laboral.

Por su lado, el Juez 9º Laboral del Circuito, a quien fue asignado por reparto el asunto, en providencia de 14 de julio de 2011 ordenó remitir el expediente a los juzgados de descongestión conforme a lo previsto en el Acuerdo PSAA11-8272 de 2011.

Finalmente, la demanda llegó al Juzgado 1º Laboral de Descongestión del Circuito, en donde se emitió proveído el 3 de septiembre de 2011, provocando el conflicto de negativo de competencia del que ahora se ocupa esta Colegiatura. Para adoptar tal determinación dicho estrado judicial señaló que la relación entre demandante y demandado era comercial, y el objeto del proceso el reconocimiento y pago de los valores contenidos en unas facturas, hechos que ninguna relación tienen con el sistema de seguridad social o con una relación de trabajo, por lo que no se trata de asunto que deba dirimir la jurisdicción laboral, y el “*recaudo de las sumas adeudadas por el demandante [sic] tiene un trámite ejecutivo diferente, cuya competencia radica en cabeza del juez civil municipal.*”

c) Consideraciones

La competencia de una autoridad judicial ha sido entendida como “*la porción, la cantidad, la medida o el grado de jurisdicción que corresponde a cada juez o tribunal, mediante la determinación de los asuntos que le corresponde conocer, atendidos determinados factores (materia, cuantía, lugar, etc.)*”¹. La competencia en particular, se fija de acuerdo con distintos factores a saber: la calidad de las partes que intervienen en el proceso (factor subjetivo), la naturaleza o materia del proceso y el valor económico de las pretensiones (factor objetivo), el lugar donde debe tramitarse el proceso (factor territorial), la naturaleza de la función que desempeña el funcionario que debe resolver el proceso (factor funcional), y atendiendo la acumulación de procesos o pretensiones (factor de conexidad).

La competencia tiene su origen en la división del trabajo entre los diversos órganos encargados de dispensar justicia. Como efecto de la distribución los negocios se dividen en grupos cada uno de los cuales es asignado a un juez determinado. Esta asignación se hace teniendo en cuenta la naturaleza de la controversia; según las características del litigio desde el punto de vista de los sujetos y la calidad del bien discutido o el derecho al cual se remite la pretensión; el valor del bien en función del interés que sobre él se hace valer; la función que el juez está llamado a desempeñar en la *litis*; y, la sede de ésta.

La calidad de la *litis* se define según la pretensión y sólo mediante el análisis de ésta se determinará la competencia entre el juez civil y el juez laboral.

Corresponde conocer al juez laboral, según el numeral 4º del artículo 2º del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social: “*Las controversias referentes al sistema de seguridad social integral que se susciten entre los afiliados, beneficiarios o usuarios, los empleadores y las entidades administradoras o prestadoras, cualquiera que sea la naturaleza de la relación jurídica y de los actos jurídicos que se controvieran*”.

Precepto sobre el que la Corte ha puntualizado:

“*se advierte que para la determinación de la competencia ya no se hace en el elemento subjetivo, es decir la calidad de los intervenientes en el proceso, sino en la materia objeto de la disputa, esto es, si la misma está referida a un tema de la seguridad social integral, cualquiera sea la naturaleza del hecho o acto o los sujetos involucrados, sin que sea determinante el que haya o no afiliación al sistema. Ahora bien, por sistema de seguridad social integral debe entenderse el comprendido en la Ley 100 de 1993 y normas que la modifiquen o adicionen, por consiguiente cualquier conflicto en que se persigan prestaciones o derechos contempladas en tales disposiciones corresponde conocerlas sin ninguna duda a la jurisdicción del trabajo y de la seguridad social, sin que importe que la misma deba ser asumida por el empleador oficial directamente, pues el elemento definitivo para determinar la competencia es la prestación pretendida y no el carácter del sujeto obligado*”²

Dentro de éste contexto fáctico y jurídico, revisadas las pretensiones del libelo presentado, sin mayores elucubraciones se observa que el actor busca recaudar

¹ Sentencia C-040/97. M. P. Dr. Antonio Barrera Carbonell.

² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sentencia de 25 de noviembre de 2006, Exp. 25.425. M.P. Carlos Isaac Náder.

coactivamente las obligaciones dinerarias contenidas en las facturas allegadas con al libelo a cargo de la sociedad SAMBYP S.A. y sus intereses.

El objetivo de la acción instaurada no es el de cobrar una obligación derivada de una relación laboral, por cuanto entre éste y el demandado no existe vínculo de tal índole; como tampoco, puede inferirse, que se trate de un debate atinente al sistema de seguridad social en salud suscitada entre algunos de los sujetos a que refiere la norma transcrita.

Tal como lo señaló el juez laboral, se trata del recaudo de unas obligaciones con origen en una relación comercial entre las partes, asunto del que, atendiendo el factor objetivo económico y el domicilio del demandado, corresponde conocer al juez civil municipal de este distrito capital, siguiendo los derroteros trazados por los artículos 14 numeral 1º, 19, 20 y 23 numeral 1º del Código de Procedimiento Civil.

Corolario de lo expuesto deviene, el que el conflicto que se desata, se defina atribuyendo al Juzgado 14 Civil Municipal de Bogotá, la competencia para conocer de éste asunto". (...)

FUENTE NORMATIVA : ACUERDO PSAA11-8272 DE 2011 C.S.J.

: ARTÍCULO 2º DEL C.P.T.
: ARTÍCULOS 14 numeral 1º, 19, 20 y 23 numeral 1º c.p.c.
: Sentencia C.S.J. 25 de noviembre de 2006 Exp. 25425 M.P. Carlos

: Isaac Náder

FECHA : 2011-11-08
PROCESO : CONFLICTO DE COMPETENCIA
PONENTE : Dra. RUTH ELENA GALVIS VERGARA
DEMANDANTE : Juzgados 1º Laboral de Descongestión y 14 Civil Municipal de Bogotá
RADICACIÓN : 2011-0046-01

1.1.2.

“El problema jurídico por resolver por la Sala se centra en verificar si las Resoluciones (tanto la que sancionó como la que la confirmó) al demandante emanadas de la Sala Plena de la Cámara Disciplinaria de la Bolsa de Valores de Colombia S.A. deben ser anuladas.

“LAS DECISIONES ATACADAS SE PROFIRIERON CON CIMENTO EN LAS FUNCIONES DE AUTORREGULACIÓN DEL MERCADO DE VALORES QUE, YA DESDE LA LEY 27 DE 1990 FUERON ATRIBUIDAS A LAS BOLSAS DE VALORES, PARA QUE EJERCIERAN LA VIGILANCIA DE LA CONDUCTA DE SUS MIEMBROS POR INTERMEDIO DE SU CÁMARA DISCIPLINARIA, FUNCIÓN QUE SIGUIÓ EJERCIENDO POR TRANSICIÓN A LOS PROCESOS QUE SE VINIERAN ADELANTANDO POR EL ORGANISMO RESPECTIVO DE LA BOLSA DE VALORES DE COLOMBIA S.A., SIN NECESIDAD DE AJUSTARSE A LA LEY 964 DE 2005, POR EXPRESA DISPOSICIÓN DEL DECRETO 1596 DE 2006, EN SU ARTÍCULO 39: “Sin embargo, las bolsas de valores mantendrán su facultad respecto de los procesos disciplinarios iniciados con anterioridad a la inscripción del respectivo intermediario en un organismo autorregulador, los cuales continuarán rigiéndose por lo establecido en los reglamentos vigentes a la fecha de expedición del presente decreto.”

POR CONSIGUIENTE, HABIÉNDOSE SURTIDO EL PROCESO DISCIPLINARIO QUE CONCLUYÓ CON SANCIÓN PARA EL SEÑOR GARAVITO, SIGUIENDO LAS REGLAS ESTABLECIDAS EN LA RESOLUCIÓN 704 DE 25 DE AGOSTO DE 2005, NO PUEDEN SALIR TRIUNFANTES LOS CARGOS QUE POR

DESCONOCIMIENTO DEL DEBIDO PROCESO Y DERECHO A LA DEFENSA AQUÉL PROPONE.”. (...)

a) Antecedentes

El señor Carlos Nelson Garavito, a través de apoderado judicial, instaura acción judicial en contra de la Bolsa de Valores de Colombia S. A., a fin de obtener la declaratoria de nulidad de las Resoluciones Nos. 49 y 57 del 27 de julio y 23 de octubre de 2006 proferidas por la Sala de Decisión 11 de la Cámara Disciplinaria y su Sala Plena, ambas de la Bolsa de Valores de Colombia S. A., respectivamente. En consecuencia, peticiona se condene a la demandada al pago de \$520'000.000,00 como daño emergente, más el lucro cesante que deberá proyectarse sobre los ingresos dejados de percibir hasta que se le restituya la posibilidad de continuar laborando como corredor de bolsa, y el equivalente a 600 salarios mínimos legales mensuales por daños morales.

Expone el demandante como hechos que fundan su petitum, los siguientes: Al señor Carlos Nelson Garavito Oviedo, con ocasión de su ejercicio como representante y corredor de la sociedad comisionista de bolsa Crear Valores S.A., a través de los actos aquí demandados, se le impuso sanción disciplinaria de “expulsión” de la Bolsa, por parte de la Sala 11 de la Cámara Disciplinaria de la Bolsa de Valores de Colombia S.A., decisión confirmada por su Sala Plena, al decidir el recurso de súplica incoado.

La sociedad demandada, en el trámite disciplinario adelantado contra el señor Garavito, incurrió en “faltas al debido proceso” que fueron constantes en las dos instancias disciplinarias; en primer lugar, por la inconstitucionalidad del reglamento interno que sirvió de marco para su juzgamiento¹; en segundo lugar, señala que la sanción no fue adoptada por unanimidad del cuerpo colegiado tanto en primera como en segunda instancia.

¹Aprobada su reforma mediante Resolución No. 704 del 25 de agosto de 2005 proferida por la entonces Superintendencia de Valores, para lo cual requería del concepto previo y favorable de la Cámara Disciplinaria de la Bolsa, presupuesto que en su entender, nunca existió, por ende, la disciplinante actuó sin competencia y con un marco normativo viciado de ilegalidad.

La Sala 11 Disciplinaria, el 27 de julio de 2006 sesionó sin contar con la respectiva resolución materialmente considerada, produciéndose ésta (físicamente), solo hasta el 31 de julio siguiente cuando ya se había cerrado el procedimiento disciplinario de primera vista, lo que torna el acto en “inexistente”; así mismo, la Sala Plena sesiona el 4 de octubre de 2006 para dirimir el recurso de súplica contra el indicado acto, y la resolución se produce el 23 de octubre posterior. Existe una falsedad ideológica ínsita en los cuestionados actos en tanto: i) se autorizó al Secretario para la elaboración de las resoluciones; ii) eran inexistentes las resoluciones físicamente para cuando se surtieron las deliberaciones finales (no existía si quiera los proyectos); iii) fueron ausentes las definiciones mancomunadas por parte de los miembros integrantes de cada Corporación disciplinante; iv) no existe acta que dé cuenta que las resoluciones fueron leídas y aprobadas en forma unánime; aunado a ello, la nulidad planteada no fue materia de una definición, cuando se puso de presente en ella, irregularidades que atentan contra el debido proceso (falta de competencia de la Bolsa para disciplinar al enjuiciado que fungía como ex - empleado de la sociedad comisionista de Bolsa, aplicación de la ley posterior a los hechos que se imputaban, falta de garantías procesales como el ejercicio de los recursos ordinarios ante decisiones sobre pruebas y definiciones de mérito, entre otras). (...)

En sentencia del 26 de abril de 2012, el Juzgado 18 Civil del Circuito de Descongestión de Bogotá², denegó las pretensiones de la demanda al considerar: i) el reglamento interno de la bolsa goza de presunción de legalidad que aún no ha sido desvirtuada por el Juez natural, ii) el debido proceso precedió a la imposición

de sanción disciplinaria al señor Carlos Nelson Garavito Oviedo en ambas instancias, pues, se aplicaron las normas legales y reglamentarias vigentes y reguladoras del caso, mediando actuaciones públicas y facilitadoras del derecho de contradicción, y, iii) las actas reflejan las decisiones o resoluciones que aquí se cuestionan, proscribiendo las falsedades ideológicas enrostradas.

Asumiendo conocimiento en atención del Acuerdo PSAA11-8052 de 2011 de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.

Inconforme con la decisión, la parte demandante sustenta su apelación reprochando: i) la incongruencia en la sentencia entre lo pedido y lo fallado, pues la nulidad se persigue frente a resoluciones y no frente a las actas que fue lo considerado por el a quo sin definir nada respecto de aquellas, y ii) no fue observado que se desconoció el debido proceso en la actuación de la Cámara Disciplinaria y la Sala Plena, por violar el principio de preexistencia consagrado en el artículo 29 de la Constitución; porque carecía de facultades para declarar un detrimento patrimonial, porque las decisiones no se adoptaron en forma unánime, porque en el trámite no se permite la solicitud y práctica de pruebas, se desconoce el principio de la doble instancia, y no están previstas causales de nulidad.

Ante esta Colegiatura, y en la audiencia de que trata el artículo 360 del Código de Procedimiento Civil, intervinieron los apoderados de cada una de las partes: el del demandante para porfiar en los argumentos en que edifica su apelación y el de la demandada para rebatirlos.

c) Consideraciones

Sobre el primer cargo del censor, apoyado en la posible “falta de congruencia entre lo pedido y lo sentenciado”, debe decirse que el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil establece: “*La sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda (...)*”, sobre el que el precedente de la Corte ha enseñado: “*El petitum, la causa petendi, sus soportes fácticos y normativos, la contestación, excepciones interpuestas y las alegaciones, imponen los linderos de la actividad del juez “en el ejercicio de su función, con sujeción a la directriz ne aet judex ultra, extra o citra petita partium, y en cuanto omitta o disminuya el tema a decidir (citra petita), decida lo no pedido (extra petita) o conceda más de lo pretendido (ultra petita), el fallo deviene incongruente incurriendo en un yerro in procedendo denunciable por la causal segunda de casación según dispone el numeral 2º del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil.*” (Sent. Cas. Civ. No. 076 de treinta de julio de 2008)....”3. Citación efectuada en Sentencia de 19 de septiembre de 2009. Magistrado Ponente, Doctor William Namén Vargas. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Expediente No. 17001-3103-005-2003-00318-01. Por su parte, lo cuestionado por el censor ante la sentencia del a quo, es que “no se pronunció en nada con respecto a las Resoluciones 49 y 57 ya conocidas y que son las demandadas.”, y se centró exclusivamente en las actas que no son objeto del proceso.

Ante estas premisas, ha de decirse por la Sala que no asiste razón al apelante, pues una revisión objetiva del cuerpo y contenido providencial de primera instancia, enseña que las imputaciones abrogatorias de las resoluciones cuestionadas por el demandante fueron puntualmente examinadas, dentro del contexto fáctico que el mismo quejoso planteó, para concluir que no prosperaban las pretensiones del actor, esto es, que no se declaraba la nulidad de las resoluciones 49 de 27 de julio de 2006 y 57 de 23 de octubre de 2006 emitidas por la aquí demandada.

Si el a quo se refirió a las “actas” en el acápite considerativo, fue precisamente para analizar los reproches que entorno a ellas postuló el demandante, en cuanto dijo que las actas no registran constancia que la decisión hubiese sido aprobada y adoptada por unanimidad, para de manera suspicaz alegar que, como a las reuniones no se llevaron los proyectos de las resoluciones; mal podían haber sido aprobadas por los miembros de la sala de decisión, y menos que en la misma fecha de cada una se hubieren estructurado tan elaborados y voluminosos trabajos argumentativos como los que finalmente constituyen las resoluciones.

Sin duda, el juez de primer grado hizo referencia a las dos Resoluciones Nos. 49 y 57 (pluricitadas), emitidas en el seno del poder autorregulador disciplinario de la Bolsa de Valores de Colombia y que precisamente son materia de las pretensiones; luego, no se puede estructurar un yerro de tal linaje “por falta de consonancia o congruencia”, tal como lo ruega el memorialista.

Si se observa en la sentencia atacada, el fallador en cumplimiento de su deber, procedió a sopesar las excepciones perentorias, una de ellas en lo relativo a la “ausencia de violación al debido proceso”, ahora, este laborio, no exigía como lo pretende el apelante, hacer aquilataciones al marco sustancial de las decisiones de la autoridad autorreguladora, pues si bien, el artículo 25, parágrafo 3º de la ley 964 de 20054, permite la impugnación ante los Jueces Civiles del Circuito de aquellas decisiones (en este caso, de las Cámaras Disciplinarias de Bolsa⁵), ello se posibilita, en intento de determinarse la causación de perjuicios a partir del actuar mediante “dolo o culpa grave” de la autoridad de Bolsa, pero no, a modo de “una tercera instancia” como lo persigue el censor, deviniendo como lo consideró el a quo, en una constatación de simples “formas” en las etapas de investigación y decisión disciplinaria, que precedieron a la emisión de “decisiones” y no simples “actas” como intenta distraer el memorialista, máxime cuando las causales de nulidad de las resoluciones que

4 Ley reguladora del mercado de valores en Colombia. “Los organismos de autorregulación a que se refiere el presente artículo responderán civilmente solo cuando exista culpa grave o dolo. En estos casos los procesos de impugnación se tramitarán por el procedimiento establecido en el artículo 421 del Código de Procedimiento Civil y solo podrán proponerse dentro del mes siguiente a la fecha de la decisión de última instancia que resuelva el respectivo proceso”. Pregona son de orden formal. Memórese que el fallador de primera sede, siempre apuntó su consideración a “decisiones” y no a “actas”.

3. Se detiene la Sala a ésta altura, a auscultar la argüida vulneración del debido proceso por la demandada en el trámite disciplinario, derecho que dice quebrantado al desconocerse el “principio de preexistencia”. Recrimina el apelante la afirmación del a quo cuando anotó: “una vez iniciado el proceso bajo el imperio de una Ley no puede juzgarse al investigado bajo al amparo de otra que se confiera con posterioridad”, argumento expuesto para justificar la aplicación del “reglamento General de Bolsa con su reforma - Resolución 704 de 20056-” a la actuación disciplinaria; pues en sentir del quejoso, no es ese el sentido del artículo 29 de la Constitución Nacional.

⁶ Emitida con aval a la reforma de la Bolsa de Valores, por parte de la entonces Superintendencia de Valores.

⁷ ART. 40.—Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir. Pero los términos que hubieren empezado a correr, y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas, se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación.”

⁸ Folios 17 y 18 del cuaderno del Tribunal

Para dilucidar el punto debe memorarse que, básicos presupuestos imponen la aplicación inmediata y hacia el futuro de la norma procesal, atendiendo el postulado del artículo 40 de la ley 153 de 18877 como principio general del derecho, de allí que errada es la apreciación del apelante cuando arguye violación del artículo 29 de la Constitución Política, porque en el trámite disciplinario se utilizaron “normas posteriores a los hechos investigados que fueron del año 2004, y enero y febrero de 2005” pues “si bien es claro que la investigación se inicio

cuando esta norma ya había entrado en vigencia, los hechos investigados fueron anteriores a la existencia y promulgación de esta norma sustantiva" (sic)⁸

Sin duda, las reglas aprobadas con la Resolución 704 de 2005, para adelantar procesos disciplinarios empezaron a tener vigencia según la previsión dispuesta en su artículo 2.4.9.6. transitorio según el cual: "La presente reforma reglamentaria comenzará a regir el 1º de septiembre de 2005 y tendrá efecto inmediato sobre los procesos en curso de acuerdo con lo dispuesto en este artículo, a excepción de lo dispuesto en los siguientes artículos, ..."; claro es el precepto y por demás coherente con el invocado artículo 40 de la ley 153 de 1887, normas que no riñen con el mandato constitucional, ni desconocen el principio de favorabilidad como lo ha puntualizado la Corte Constitucional⁹: "*En materia sancionatoria, el principio de que la ley rige las situaciones de hecho que surgen durante su vigencia se traduce en la máxima jurídica nullum crimen, nulla poena sine lege, cuya consagración constitucional se encuentra en el artículo 29 de la Carta que dispone: "nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto se le imputa" (art. 29, C.P.). El claro mandato que se incluye en la carta señala que, por regla general, la norma aplicable en un caso determinado es aquella que se encuentra vigente al momento de la comisión del hecho imputado, lo que en otros términos significa que los efectos de la norma jurídica no son retroactivos.*

En términos generales, el principio que se analiza tiene plena efectividad en relación con las situaciones jurídicas consolidadas que se predicen de los derechos subjetivos. De este modo, y según la prohibición del artículo 58 constitucional, una ley posterior estaría impedida para regir una situación jurídica que ha surgido con anterioridad a su vigencia.

En materia procesal –no obstante– el principio se invierte: la regla general es que la aplicación de la ley procesal en el tiempo es inmediata, debido al carácter público de la misma, y que la ley nueva rige los procedimientos que se han iniciado bajo la vigencia de la ley anterior; excepto las diligencias, términos y actuaciones que hayan comenzado a correr o a ejecutarse bajo la vigencia del régimen derogado.

En efecto, la normatividad, la doctrina y la jurisprudencia han entendido que la regla básica en este campo es la de la aplicación inmediata de las normas procesales, ya que el diseño de los trámites a que debe someterse una discusión jurídica no es asunto que incida necesariamente en el contenido del derecho sustancial, por lo que su alteración no modifica la intangibilidad de los derechos adquiridos, protegida constitucionalmente en el artículo 58 de la Carta.

Lo anterior, como ya se adelantó, debe complementarse con la salvedad que los trámites, diligencias y términos que hayan comenzado a realizarse con anterioridad a la entrada en vigencia de una ley, deben respetarse en las condiciones previstas por la ley anterior."

Párrafos adelante precisa la Corte:

"En materia penal y, actualmente, en el campo del derecho disciplinario, el principio de favorabilidad se aplica también a las normas procesales, a pesar de que se mantiene el principio general de la aplicación inmediata. Así lo ha reconocido reiteradamente la Corte Constitucional, uno de cuyos fallos se cita a continuación:

"...la norma general que fija la ley es el efecto general inmediato de las nuevas disposiciones procesales, salvo en lo referente a los términos que hubiesen empezado a correr y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas, las cuales continúan rigiéndose por la ley antigua. Esta norma general, en principio, no resulta contraria a la Constitución pues no tiene el alcance de desconocer derechos adquiridos o situaciones jurídicas consolidadas, que es lo que expresamente prohíbe el artículo 58 superior. Sin embargo, su aplicación debe respetar el principio de favorabilidad penal". (Sentencia C-619 de 2001. Subrayas fuera del original)"

Corolario de lo que acaba de anotarse es que, el proceso disciplinario debía ajustarse a las reglas vigentes al momento en que se desarrollaba la actuación: la Resolución 704 de 2005, y no con las que regían al momento de ocurrencia de los hechos investigados.

Como un ejercicio hermenéutico que comprueba el apego a la legalidad en la actuación disciplinaria, admitiendo in gratia discution que no era aplicable al trámite disciplinario la plurievocada Resolución 704 de 2005, sino la vigente para cuando tuvieron ocurrencia los hechos investigados, esto es, para finales del año 2004 y principios de 2005, debe resaltarse que para esa época gobernaba estos asuntos la Resolución 429 de 14 de mayo de 2004; no obstante, con una u otra a las mismas conclusiones se arriba: (i) El señor Carlos Garavito era sujeto disciplinable, pues para la época de los hechos por los que se le investigó se desempeñaba como representante y corredor de sociedades comisionistas de bolsa, y es por su conducta desplegada en ejercicio de esa actividad que se le investigó (artículo 2.4.1.1. en ambas resoluciones); (ii) La violación de la ley, los reglamentos o el incumplimiento de las obligaciones y deberes (artículos 1.5.2.1. y 1.5.2.2.), en una y otra resolución acarrean como consecuencia la imposición de sanción que, tratándose de personas naturales, podían consistir en: amonestación, multa, suspensión y expulsión (artículos 2.4.7.1., 2.4.7.4. y 2.4.7.5. en ambas resoluciones)¹⁰.

Recalca la Sala, la actuación disciplinaria puesta en entredicho aquí, se adelantó bajo las estrictas puntualidades del reglamento general de la Bolsa de Valores de Colombia S.A. En esta materia, tanto para la Sala de Decisión de la Cámara Disciplinaria, como para su Sala Plena, al conocer del recurso de “súplica” (segundo grado), la regla a aplicar hasta tanto no se declare su nulidad por el Contencioso Administrativo, es la Resolución 704 de 25 de agosto de 2005 originada en la Superintendencia de Valores (hoy Superintendencia Financiera); acto a través del cual se aprueba la modificación de algunos artículos del reglamento general de la Bolsa de Valores de Colombia S.A., y que siendo normativa especial se aplicaba de manera preferente a los procedimientos allí previstos.

Establecida la norma reguladora del procedimiento disciplinario, Resolución 704 de 2005 de la Superintendencia de Valores, y siguiendo sus directrices se examinarán los reproches que al trámite en su contra adelantado plantea el demandante. (...)

Las decisiones atacadas se profirieron con cimiento en las funciones de autorregulación del mercado de valores que, ya desde la ley 27 de 1990¹⁴ fueron atribuidas a las bolsas de valores, para que ejercieran la vigilancia de la conducta de sus miembros por intermedio de su Cámara Disciplinaria, función que siguió ejerciendo por transición a los procesos que se vinieran adelantando por el organismo respectivo de la Bolsa de Valores de Colombia S.A., sin necesidad de ajustarse a la ley 964 de 2005, por expresa disposición del decreto 1596 de 2006, en su artículo 39: *“Sin embargo, las bolsas de valores mantendrán su facultad respecto de los procesos disciplinarios iniciados con anterioridad a la inscripción del respectivo intermediario en un organismo autorregulador, los cuales continuarán rigiéndose por lo establecido en los reglamentos vigentes a la fecha de expedición del presente decreto.”*

Por consiguiente, habiéndose surtido el proceso disciplinario que concluyó con sanción para el señor Garavito, siguiendo las reglas establecidas en la Resolución 704 de 25 de agosto de 2005, no pueden salir triunfantes los cargos que por desconocimiento del debido proceso y derecho a la defensa aquél propone.

5. Bajo estos presupuestos, no puede avalarse la “inexistencia de los actos”, cuando la realidad de los hechos, la muestran vertidas en las resoluciones identificadas para la primera y segunda instancia disciplinarias, resultantes de la aplicación de normas reglamentarias que para su momento eran vigentes; tampoco resulta presentable que a estas alturas, se cuestione la presunta falta de decisión o negativa al incidente de nulidad que se propuso ante la Cámara

Disciplinaria, cuando fue materia que acató el precepto reglamentario, se reitera, cobijado por la presunción de legalidad aún no desvirtuada".(...)

FUENTE NORMATIVA :	ARTÍCULOS 305 Y 360 DEL C.P.C.
	: ARTÍCULO 25 Par. 3º LEY 964 2005
	: ARTÍCULO 40 LEY 153 DE 1887
	: ARTÍCULO 29 C.P.
	: ARTÍCULO 39 DECRETO 1596 2006
	: RESOLUCIÓN 704 DE 2005
	: Sentencia C.S.J. 19 de septiembre de 2009 Exp. 200300318 M.P.
	: William Namén Vargas
	: C-181-12 de marzo de 2002, C-619-2001
FECHA	: 2013-02-14
PROCESO	: ORDINARIO
PONENTE	: Dra. RUTH ELENA GALVIS VERGARA
DEMANDANTE	: CARLOS NELSON GARAVITO
DEMANDADO	: BOLSA DE VALORES DE COLOMBIA
RADICACIÓN	: 11001131030242006-00621-02
DECISIÓN	: CONFIRMA SENTENCIA

1.2. Sala de Familia

"DE ACUERDO CON TODO LO ANTERIOR, EL INCIDENTE DE REGULACIÓN DE PERJUICIOS DEBE PRESENTARSE DENTRO DE LOS SESENTA DÍAS SIGUIENTES A LA EJECUTORIA DEL AUTO QUE CONDENA AL PAGO DE PERJUICIOS, O A LA FECHA DE LA NOTIFICACIÓN DEL AUTO DE OBEDECIMIENTO A LO RESUELTO POR EL SUPERIOR, SIN QUE PARA SU CÓMPUTO DEBA TENERSE EN CUENTA, PARA DESCONTARLOS, LOS DÍAS QUE EL PROCESO ESTUVO AL DESPACHO, PORQUE SE TRATA DE UN TÉRMINO INDIVIDUAL FIJADO A UNA DE LAS PARTES, PARA QUE REALICE DETERMINADO ACTO PROCESAL, EN ESTE CASO, PROMOVER EL INCIDENTE DE REGULACIÓN DE PERJUICIOS, AMÉN QUE LA LEY NO CONSAGRÓ DICHA POSIBILIDAD PARA EL CÓMPUTO DE LOS TÉRMINOS DE DÍAS, EXCEPTO LOS DÍAS INHÁBILES QUE NO CUENTAN, ENTENDIENDO POR DÍA INHÁBIL TODO AQUEL EN QUE NO HAYA DESPACHO PARA EL PÚBLICO EN EL JUZGADO O TRIBUNAL, CONFORME LO ESTABLECIDO EN EL ARTÍCULO 121 DEL C. DE P.C., QUE CONSAGRA: "EN LOS TÉRMINOS DE DÍAS NO SE TOMARÁN EN CUENTA LOS DE VACANCIA JUDICIAL, NI AQUELLOS EN QUE POR CUALQUIER CIRCUNSTANCIA PERMANEZCA CERRADO EL DESPACHO."; LO QUE EN ESTE CASO SE CONCRETA ÚNICAMENTE DURANTE EL LAPSO QUE TRASCURRIÓ DEL 18 AL 22 DE ABRIL DE 2011, LAPSO DURANTE EL CUAL EL JUZGADO ESTUVO CERRADO POR COINCIDIR CON LA SEMANA MAYOR. (...)

Problema jurídico por resolver

Procede la Sala Unipersonal a resolver el recurso de apelación interpuesto contra el auto proferido el catorce (14) de junio de dos mil once (2011), por el Juzgado Diecisésis de Familia de esta ciudad, mediante el cual rechazó de plano un incidente de liquidación de perjuicios, por haber sido promovido después de haber transcurridos los 60 días previstos en el inciso 3º del artículo 307 del C.P.C.

ANTECEDENTES

JORGE ALBERTO LÓPEZ GÓMEZ, actuando a través de apoderado, promovió a continuación del proceso ordinario de "*nulidad de liquidación notarial*" formulado por MARÍA MAGDALENA LÓPEZ GÓMEZ contra MARÍA TERESA GÓMEZ de LÓPEZ, CARMEN ALICIA LÓPEZ GÓMEZ y JORGE ALBERTO LÓPEZ GÓMEZ, que cursó en el Juzgado Diecisésis de Familia de Bogotá, acción ejecutiva contra MARÍA MAGDALENA LÓPEZ GÓMEZ, que culminó con sentencia del once (11) de septiembre de dos mil siete (2007), en la que, luego de declarar no probadas las excepciones propuestas por la parte ejecutada, el *a quo* ordenó a MARÍA MAGDALENA LÓPEZ GÓMEZ suscribir dentro de los 3 días siguientes a la ejecutoria de la sentencia ejecutiva, la escritura que recoja los acuerdos pactados en audiencias celebradas en el citado proceso ordinario, so pena que el juzgado proceda a suscribirlas en su nombre; decisión que fue impugnada mediante el recurso de apelación.

CONSIDERACIONES

Cuando se pretenda liquidar los perjuicios causados con ocasión de las medidas cautelares decretadas en el trámite de un proceso, el beneficiado con la condena *in genere*, debe promover el incidente correspondiente dentro de los sesenta días siguientes a la ejecutoria del auto que lo ordena o a la fecha de notificación del auto de obedézcase lo resuelto por el superior, conforme lo prevé el inciso 4º del artículo 307 del C.P.C. que dispone:

“Cuando la condena en perjuicios se haga por auto, se liquidará por incidente que deberá promover el interesado, mediante escrito que contenga la liquidación motivada y especificada de su cuantía, dentro de los sesenta días siguientes a la ejecutoria de aquél o al de la fecha de la notificación del auto de obedecimiento al superior, según fuere el caso, so pena de que se aplique lo dispuesto en el inciso segundo del siguiente artículo. Dicho auto es apelable en el efecto diferido.”

A su turno, el inciso 2º del artículo 308 ibídem, consagra que:

“Cuando entre la fecha de la sentencia definitiva y la de entrega de los bienes, se hayan causado frutos o perjuicios reconocidos en la sentencia, su liquidación se hará por incidente, el cual debe proponerse dentro de los sesenta días siguientes a la entrega. Vencido dicho término, caducará el derecho y el juez rechazará de plano la liquidación que se le presente.” (Subrayado de la Sala)

Sobre la oportunidad para presentar la liquidación de la condena *in genere*, expone el profesor HERNÁN FABIO LÓPEZ BLANCO en su obra “DERECHO PROCESAL CIVIL COLOMBIANO”, parte general, tomo I, séptima edición, pág. 589, que:

“Debe tenerse presente que la posibilidad de condenar en abstracto ha quedado reducida únicamente para aislados y expresos casos de condenas que deben proferirse dentro de autos donde le resulte imposible al juez un concreto señalamiento, de modo que su liquidación debe solicitarse dentro de los sesenta días siguientes a la ejecutoria de aquél o a la del auto que ordenó obedecer lo dispuesto por el superior, so pena de que se declare caducado el derecho. Es el caso, para dar un ejemplo, del auto que decreta el desembargo de unos bienes por cuanto prospera el incidente promovido pro el tercero para que se levanten, donde además se impone la condena a pagar los perjuicios que las cautelas originaron, recordándose que este mismo trámite es el previsto de manera excepcional para el evento de la sentencia que declara probadas excepciones en proceso de ejecución.”

Justamente, en relación con la oportunidad para presentar el incidente de regulación de perjuicios, ha dejado establecido la Corte Suprema de Justicia:

“Por otra parte, como lo señala la ley procedural civil, el incidente de regulación de perjuicios deberá promoverse por el interesado dentro de los sesenta días siguientes a la ejecutoria de la sentencia que declara infundado el recurso y decreta el pago de aquellos, término fijado por el artículo 307 del C. de P.C., en días, por lo que para su cómputo no se tendrán en cuenta los de vacancia judicial, como señala el artículo 121 ib., ni los que estuvo el expediente al despacho (artículo 120 del mismo Código)” (auto de 2 de febrero de 2010, Exp. No. 2004-00885-00 M.P. EDGARDO VILLAMIL PORTILLA).

De acuerdo con todo lo anterior, el incidente de regulación de perjuicios debe presentarse dentro de los sesenta días siguientes a la ejecutoria del auto que condena al pago de perjuicios, o a la fecha de la notificación del auto de obedecimiento a lo resuelto por el superior, sin que para su cómputo deba tenerse en cuenta, para descontarlos, los días que el proceso estuvo al despacho, porque se trata de un término individual fijado a una de las partes, para que realice determinado acto procesal, en este caso, promover el incidente de regulación de perjuicios, amén que la ley no consagró dicha posibilidad para el cómputo de los términos de días, excepto los días inhábiles que no cuentan, entendiendo por día inhábil todo aquel en que no haya despacho para el público en el juzgado o tribunal, conforme lo establecido en el artículo 121 del C. de P.C., que consagra: “*En los términos de días no se tomarán en cuenta los de vacancia judicial, ni aquellos en que por cualquier circunstancia*

permanezca cerrado el despacho.”; lo que en este caso se concreta únicamente durante el lapso que trascurrió del 18 al 22 de abril de 2011, lapso durante el cual el Juzgado estuvo cerrado por coincidir con la semana mayor.

En este caso, observa la Sala que una vez devuelto al Juzgado Diecisésis de Familia de Bogotá, el expediente contentivo de la providencia dictada en segunda instancia el 27 de septiembre de 2010, que condenó a JORGE ALBERTO LÓPEZ GÓMEZ al pago de los perjuicios causados con ocasión de las medidas cautelares decretadas en el proceso ejecutivo que promovió contra MARÍA MAGDALENA LÓPEZ GÓMEZ, el Juzgado profirió el veinticuatro (24) de enero de dos mil once (2011) auto de obedézcase y cúmplase lo ordenado por el Superior, proveído que fue notificado por estado del 26 de enero de 2011. Por consiguiente, conforme a lo memorado en líneas anteriores, los sesenta días hábiles que le otorgó la ley adjetiva a la interesada para formular el correspondiente incidente de regulación de perjuicios, vencían el 28 de abril de 2011, de suerte que si el incidente fue formulado el 7 de junio de 2011, es innegable que para el momento de la presentación del incidente, había caducado la oportunidad para promoverlo a la interesada.

Luego, si el incidente fue presentado por fuera de la oportunidad legal, el *a quo* no tenía otro camino que rechazarlo de plano por extemporáneo, en virtud del principio de la preclusión previsto en el artículo 118 del C. de P.C., norma que dispone: “*Los términos y oportunidades señalados en este Código para la realización de los actos procesales de las partes y los auxiliares de la justicia, son perentorios e improrrogables, salvo disposición en contrario*”. (...)

FUENTE NORMATIVA : ARTÍCULO 120 INC. 4°, 121, 307, INC 3° Y 308 INC 2° C.P.C.

FECHA	: DERECHO PROCESAL COLOMBIANO, parte general, tomo I,
	: Séptima edición, pág. 589.
PROCESO	: 2012-08-30
PONENTE	: EJECUTIVO
DEMANDANTE	: Dr. IVAN ALFREDO FAJARDO BERNAL
DEMANDADO	: JORGE ALBERTO LÓPEZ GÓMEZ
RADICACIÓN	: MARÍA MAGDALENA LÓPEZ GÓMEZ
DECISIÓN	: 66303
	: CONFIRMA EL AUTO APELADO

1.2. 1

Sala de Familia

El problema jurídico por resolver por la Sala se centra en verificar de un lado si se debió integrar el contradictorio (litisconsorcio necesario) y del otro, si se debe valorar la prueba de ADN. Por el hecho de haberse recaudado de manera irregular, en el proceso de filiación natural que nos ocupa.

“NO OBSTANTE LO ANTERIOR, SE LE PONE DE PRESENTE AL RECURRENTE QUE ES CLARO Y ASÍ LO TIENE DICHO LA JURISPRUDENCIA NACIONAL, QUE CUANDO A LA LUZ DE LO PRECEPTUADO EN EL ARTÍCULO 81 DEL C.P.C., EN ESTA CLASE DE ASUNTOS (FILIACIÓN) EL LISTISCONSORCIO ES FACULTATIVO, NO NECESARIO, COMO DE MANERA REITERADA LO HA VENIDO DISCUTIENDO DURANTE TODO EL TRÁMITE LA PARTE APELANTE. AHORA BIEN ANTE LA PRETENSIÓN ACUMULADA DE PETICIÓN DE HERENCIA, ES CLARO QUE NO HAY LUGAR A DEMANDAR A INDETERMINADOS DEL CAUSANTE PUES SU SUCESIÓN FUE TRAMITADA Y CULMINADA ANTE NOTARÍA Y LOS LLAMADOS A INTEGRAR LA PARTE PASIVA SON LOS HEREDEROS ALLÍ RECONOCIDOS, A QUIENES SE LE ADJUDICÓ LA HERENCIA. POR TAL RAZÓN LOS ARGUMENTOS EN TAL SENTIDO ESTÁN LLAMADOS AL FRACASO. (...)

HA DE INDICARSE PREVIAMENTE A LA LUZ DE LA LEGISLACIÓN ACTUAL, CONCRETAMENTE LA PREVISTA EN LA LEY 721 DE 2001, QUÉ OBJETO TIENE TAL PRUEBA DE ADN, QUE NO ES OTRO QUE LA DETERMINACIÓN DE CIERTOS FACTORES HEREDITARIOS, QUE SIRVEN PARA ESTABLECER LA PATERNIDAD. “LA PRUEBA DE ADN TIENE POR OBJETO LA DEMOSTRACIÓN

ORIGINAL Y DIRECTA ASÍ COMO PRIMARIA DE ESTA ÚLTIMA, PUESTO QUE NO SOLO PERMITE EL ESTABLECIMIENTO BIOLÓGICO INMEDIATO DE ESE TIPO DE RELACIÓN FILIAL SINO QUE POR REFERIRSE AL HECHO PRINCIPAL INVESTIGADO (LA PATERNIDAD) SUS RESULTADOS ASUMEN EL CARÁCTER PREEMINENTE O PREVALENTE FRENTE A AQUELLOS MEDIOS DE PRUEBA RELATIVAS A LOS HECHOS CONSTITUTIVOS DE LAS CAUSALES, RESPECTO DE LAS CUALES AQUÉLLA PUEDE RESULTAR INEFICAZ, CORROBORANTE O EXCLUYENTE DE ESTAS ÚLTIMAS...”.

a) La demanda

La señora MARÍA DOLORES MAYORGA DE RONDÓN, actuando a través de apoderado judicial presenta demanda de Filiación Extramatrimonial con Petición de Herencia en contra de BLANCA LIGIA MAYORGA PEDRAZA, LUZ MYRIAM MAYORGA PEDRAZA, ALBA MARLENE MAYORGA PEDRAZA, YANETD MAYORGA PEDRAZA, OLGA LUCÍA MAYORGA PEDRAZA, IRENE MAYORGA PEDRAZA, NUBIA ESTELA MAYORGA PEDRAZA y DORA NELLY MAYORGA PEDRAZA, en calidad de herederas del causante señor JOSÉ TOMÁS MAYORGA RODRÍGUEZ y demás herederos indeterminados, para que previos los trámites del procedimiento ORDINARIO, se declare que la demandante es hija del de cuius; que tiene vocación para suceder a su padre fallecido, con derecho a la herencia y con concurrencia de las demandadas; se ordene a las demandadas restituirle la cuota parte de la herencia que por ley le corresponde, así mismo los intereses, aumentos y frutos que hayan producido los bienes sucesoriales, los cuales le fueron adjudicados a las demandadas a través del proceso de sucesión tramitado ante la Notaría 47 del Círculo de esta ciudad, protocolizado mediante escritura pública No. 4272 del 27 de diciembre de 2006.

b) Los hechos

Que entre la señora ISABEL PEDRAZA y el señor JOSÉ TOMAS MAYORGA RODRÍGUEZ, iniciaron una relación continua y clandestina, la que perduró por seis (6) años, relación que se originó en el Municipio de Fusagasugá (Cund.) desde el año 1954 y culminó en el año 1960.

Como consecuencia de la anterior relación, nació la demandante MARÍA DOLORES MAYORGA PEDRAZA el día 11 de abril de 1957, quien no fue reconocida por su progenitor el señor JOSÉ TOMÁS MAYORGA RODRÍGUEZ.

Que la relación entre ISABEL PEDRAZA y JOSÉ TOMÁS MAYORGA, concluyó porque éste último decidió contraer matrimonio con la señora ANA ELVIA PEDRAZA RODRÍGUEZ, el día 12 de octubre de 1961, en la Parroquia de Nuestra Señora de la Encarnación de Pasca (Cundinamarca).

Producto del matrimonio el causante JOSÉ TOMÁS MAYORGA RODRÍGUEZ, procreó a BLANCA LILIA, LUZ MYRIAM, ALBA MARLENE, YANETD, OLGA LUCÍA, IRENE, NUBIA ESTELA y DORA NELLY MAYORGA PEDRAZA.

El señor JOSÉ TOMAS MAYORGA RODRÍGUEZ, falleció el día 21 de julio de 2006. Que no obstante no haber sido mediado el reconocimiento legal de la demandante, el señor JOSÉ TOMÁS MAYORGA RODRÍGUEZ siempre la presentó como su hija extramatrimonial, lo cual se verificará a través de la prueba testimonial y pericial que se practicará en el curso del proceso.

Que las demandadas en calidad de herederas tramitaron el proceso de sucesión del

causante JOSÉ TOMAS MAYORGA RODRÍGUEZ ante la Notaría 47 del Círculo de esta ciudad, protocolizada mediante escritura pública No. 4272 del 27 de diciembre de 2006, siendo adjudicados bienes sucesoriales en cuantía de \$628.418.410.oo.

Por ser la demandante hija extramatrimonial del señor MAYORGA RODRÍGUEZ, tiene derechos herenciales sobre los bienes dejados por el causante.

Trámite procesal

La demanda fue sometida a reparto el día 25 de junio de 2007, siendo admitida por el Juzgado Once de Familia de Bogotá por auto del 29 de junio de 2007, notificado por estado del 4 de julio de la misma anualidad, en el que dispuso el emplazamiento de los herederos indeterminados del causante. (Folio 48 Cd. 1).

Las demandadas LUZ MYRIAM MAYORGA PEDRAZA, YANETD MAYORGA PEDRAZA, BLANCA LILIA MAYORGA PEDRAZA, ALBA MARLENE MAYORGA PEDRAZA, OLGA LUCÍA MAYORGA PEDRAZA, IRENE MAYORGA PEDRAZA, NUBIA ESTELA MAYORGA PEDRAZA Y DORA NELLY MAYORGA PEDRAZA, fueron notificadas a través de aviso, quienes constituyeron apoderado y le dieron contestación dentro del término a la demanda, en los siguientes términos:

Se opusieron a todas y cada una de las pretensiones demandadas. En cuanto a los hechos manifestaron no constarles el 1º, 2º, 6º y el 12º, ser ciertos el 3º, 5º, 8º, 10º y 11º, no ser cierto el 9º, parcialmente cierto el 4º y que el 13º y 14º no son hechos, sino una consideración que será objeto de la prueba correspondiente a la cual se atiene. Así mismo propusieron como excepciones de mérito las que denominaron: “INEXISTENCIA DE LOS HECHOS PRETENDIDOS POR LA ACTORA”, la cual sustentan en que su progenitor jamás les informó sobre la existencia de la demandante como hija extramatrimonial, como tampoco fue de conocimiento público la pretendida paternidad, proceso que fue instaurado luego de 57 años, razón para que las demandadas tengan serias dudas sobre las declaraciones solicitadas. “FALTA DE CAUSA PARA PEDIR SENTENCIA DE FONDO”, basada en que las demandadas desconocen la paternidad de la demandante en cabeza de su progenitor, no existiendo una causa real y efectiva que pueda dar pie a las súplicas de la demanda. “RECONOCIMIENTO Y PAGO DE MEJORAS”, solicitando que en el hipotético caso de salir avante la pretensión, se les deben pagar las mejoras invertidas en los bienes sucesoriales para su conservación. “BUENA FE”, que siendo desconocida la situación que hoy se plantea en el proceso, los bienes les fueron adjudicados conforme a las leyes de la sucesión. “FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR ACTIVA”, que el derecho reclamado por la demandante no es predictable frente a las demandadas, pues aquélla no tiene como padre al progenitor de éstas. “COSA JUZGADA”, la cual se sustenta en que ante el Juzgado Promiscuo Municipal de Pasca (Cundinamarca), se trató un proceso de filiación natural en contra de JOSÉ TOMÁS MAYORGA RODRÍGUEZ, siendo demandante la progenitora de la aquí actora, decisión favorable al demandado la decisión final. (...)

La Sentencia Apelada

El día veintisiete (27) de abril de dos mil doce (2012) profiere sentencia el Juzgado Segundo de Familia de Descongestión de Bogotá, en la que declara a las accionantes MARÍA DOLORES MAYORGA DE RONDÓN, FLOR MARINA LEÓN y BLANCA LILIA SUÁREZ hijas extramatrimoniales del causante, decisión que surte efectos patrimoniales frente a la parte demandada; ordena registrar tal decisión en las Notarías en que se encuentran inscritos los nacimientos de las demandantes, declara que las accionantes tienen vocación hereditaria en la sucesión de su progenitor fallecido, en igualdad de condiciones de las demandadas determinadas, declara que la liquidación de la sucesión de José Tomás Mayorga Rodríguez,

tramitada ante la Notaría 47 del Círculo de esta ciudad, le es inoponible a las demandantes y ordena rehacer la misma incluyendo a los herederos, entre ellos a las demandantes, decreta la cancelación del registro de la escritura de adjudicación y condena a la parte demandada al pago de costas. Frente a las mejoras, se indica que ante “*la falta de la denuncia concreta de qué mejoras fueron plantadas por quienes la reclaman y la prueba fehaciente de su constitución y existencia no permite que el Juzgado haga un reconocimiento de ellas.*” (Folios 630-644 Cd. 1).

SOBRE LA IMPUGNACIÓN DEL FALLO:

Inconforme con la sentencia emitida por el Juzgado Segundo de Familia de Descongestión de Bogotá, el apoderado de la parte demandada, representada por las señoras BLANCA LIGIA, ALBA MARLENE, YANETH, OLGA LUCÍA, IRENE, NUBIA ESTELA Y DORA NELLY MAYORGA PEDRAZA, interpone recurso de apelación, argumentando para ello que no comparte las consideraciones del Juzgado que le hace a la prueba genética de ADN recepcionada en Estados Unidos, como tampoco la ausencia de valoración al hecho de no haberse designado Curador Ad-litem para el proceso acumulado procedente del Juzgado de Fusagasugá. Que se encuentra inconforme de no haberse reconocido las mejoras realizadas a los bienes sucesorales.

Que la actuación adelantada ante el Juzgado de Fusagasugá se encuentra viciada de nulidad y así habrá de declararse, ante la ausencia de notificación del auto admsorio al Curador Ad-litem, que igualmente está viciada de nulidad la prueba genética al haberse recepcionado de manera irregular dentro del proceso, solicitando subsidiariamente reconocer las mejoras hechas a los bienes por parte de las demandadas.

Así mismo el apoderado de la demandada señora MIRYAM MAYORGA PEDRAZA, interpone recurso de apelación, argumentando que la única prueba en que se basó el Juzgado para acceder a las pretensiones, lo fue la prueba genética, la cual adolece de vicios protuberantes, razón para que no pueda ser valorada con fuerza de credibilidad para el soporte de la sentencia, por ausencia o cuidado en la cadena de custodia, como lo advirtió al descorrer el traslado para alegar. Que del contenido del oficio remitido por el Instituto de Genética, fechado 27 de agosto de 2009, se colige la irregular cadena de custodia, infiriéndose dos falencias protuberantes: a) La presunta muestra de sangre tomada a la señora María Dolores Mayorga de Rondón se encuentra en un sobre sin marcar y b) faltó la cadena de custodia diligenciada la cual contiene las huellas penta-dactilares, la firma de la persona que identificó y tomó o supervisó la toma de la muestra, igualmente la fotocopia de la cédula de ciudadanía , la firma del consentimiento para el estudio de la prueba de ADN y la toma de la muestra del involucrado que faltó remitir. Que en tal orden de ideas la respuesta que reposa a folios 378 y 379, no resuelve las inquietudes del apoderado de las otras demandadas, quien reprochó la cadena de custodia desde el instante en que se tomó la muestra hasta llegar al respectivo laboratorio, razones para que el examen de ADN presente inconsistencias, tales como que entre la muestra tomada al causante (presunto padre) y a la presunta hija, transcurrió un lapso superior a los 12 meses, razón por la cual al no ser concomitante las muestras y el examen de laboratorio, no tiene valor alguno para fundamentar la decisión adoptada en la sentencia. Que como tal prueba genética no es plena prueba, el legislador ha previsto que de ella se corra traslado a las partes por el término de tres días a fin de que se solicite su aclaración, complementación u objetarla por error grave y así adquirir mérito probatorio. Que el apoderado de las otras demandadas, lo objetó en oportunidad, sin que se haya resuelto de fondo tal objeción, razón más para concluir que la prueba de ADN, no es plena prueba para el proceso, máxime que dentro del proceso no se cuenta con otros medios de prueba tales como testimonial, documental que permitan dar certeza sobre la veracidad contenida en

dicha prueba. Que dentro del expediente no obra certificación y acreditación del Laboratorio de genética del Instituto Nacional de Medicina Legal frente al médico Yunis y Cía. S. en C., Instituto encargado de practicar la prueba de ADN. Razones para solicitar la revocatoria de la sentencia de primera instancia. (...)

c) Consideraciones

Como se discute a través de la presente alzada que debió integrarse el contradictorio con los herederos indeterminados del causante JOSÉ TOMÁS MAYORGA RODRÍGUEZ, llamamiento que se omitió en las diligencias que se venían adelantando ante el Juzgado Promiscuo de Familia de Fusagasugá y posteriormente acumulado al presente asunto, se tiene que tal circunstancia fue debatida dentro del presente trámite, según se colige del contenido del auto fechado 2 de febrero de 2010, mediante el cual se deniega la petición que en tal sentido hace uno de los apoderados apelantes, bajo el argumento que al haberse tramitado ya el proceso de sucesión, dentro del cual ya se surtió el emplazamiento a los herederos indeterminados, no hay lugar a vincular nuevamente a los indeterminados, como de manera reiterada lo había indicado esta Corporación, punto que se reitera en esta instancia bajo el argumento de existir nulidad de lo actuado, nulidad que como quedó establecido fue rechazada de plano, razón para no proceder, se reitera, insistir nuevamente en tal sentido.

No obstante lo anterior, se le pone de presente al recurrente que es claro y así lo tiene dicho la jurisprudencia nacional, que cuando a la luz de lo preceptuado en el artículo 81 del C.P.C., en esta clase de asuntos (filiación) el *listo consorcio* es *facultativo*, no necesario, como de manera reiterada lo ha venido discutiendo durante todo el trámite la parte apelante. Ahora bien ante la pretensión acumulada de petición de herencia, es claro que no hay lugar a demandar a indeterminados del causante pues su sucesión fue tramitada y culminada ante notaría y los llamados a integrar la parte pasiva son los herederos allí reconocidos, a quienes se le adjudicó la herencia. Por tal razón los argumentos en tal sentido están llamados al fracaso.

En relación con la inconformidad de no ser posible valorar la prueba de ADN, por el hecho de haberse recaudado de manera irregular pues no se respetó la cadena de custodia, ni la muestra fue recepcionada de manera concomitante y no aparece en el expediente la certificación del laboratorio que la practicó, se procede a analizar tal hecho.

Ha de indicarse previamente a la luz de la legislación actual, concretamente la prevista en la Ley 721 de 2001, qué objeto tiene tal prueba de ADN, que no es otro que la determinación de ciertos factores hereditarios, que sirven para establecer la paternidad. *“La prueba de ADN tiene por objeto la demostración original y directa así como primaria de esta última, puesto que no solo permite el establecimiento biológico inmediato de ese tipo de relación filial sino que por referirse al hecho principal investigado (la paternidad) sus resultados asumen el carácter preeminente o prevalente frente a aquellos medios de prueba relativas a los hechos constitutivos de las causales, respecto de las cuales aquélla puede resultar ineficaz, corroborante o excluyente de estas últimas...”*.

La finalidad de la misma va encaminada a darle certeza jurídica al juzgador sobre el hecho consistente en la relación biológica paterno-filial, es decir la convicción o certeza sobre la verdad o no de dicha relación, aspecto que difiere respecto de las demás pruebas distintas a la de ADN, pues aquéllas van dirigidas a lograr certeza sobre los hechos constitutivos y a través de los cuales se presume la paternidad alegada, prueba científica que en caso de idoneidad (que el resultado de índice de probabilidad sea del 99.9%), resulta única y excluyente, para establecer la filiación o

para excluirla.

En cuanto a la producción de la prueba de ADN, la cual encierra los conceptos de solicitud, aporte y decreto, se tiene que por disposición de la ley 721 de 2001, puede ser solicitada por las partes y decretada de oficio. Como regla general debe existir la posibilidad de tal práctica, es decir que las personas estén disponibles para la toma de los exámenes, pues pueden existir circunstancias impeditivas para su realización, tales como las de orden físico “*como sería la muerte, o de cremación de alguno o de todos los intervenientes, o la existencia de residencia en el exterior de alguno de ellos que impida la recolección de la prueba necesaria para tal efecto*”, pero ello no es óbice como se presentó en el caso materia de estudio, que se realizada la exhumación del cadáver del señor JOSÉ TOMÁS MAYORGA RODRÍGUEZ, y que con la extracción de restos óseos se obtuviera el ADN, al igual que con la muestra sanguínea de la demandante señora MARÍA DOLORES MAYORGA DE RONDÓN, quien reside en el exterior y con fundamento en tales muestras se llegara a la conclusión de probabilidad de paternidad acumulada, respecto de la demandante BLANCA LILIA SUÁREZ de 99.999934617% (ver folios 221 a 223 cuaderno diligencias acumuladas), FLOR MARINA LEÓN, probabilidad acumulada de paternidad de 99.999999237% (ver folios 224 a 226 cuaderno diligencias acumuladas) y MARÍA DOLORES MAYORGA DE RONDÓN, probabilidad acumulada de paternidad de 99.999990579% (ver folios 352 a 354 cuaderno #1), dictámenes que fueron realizados por parte del Instituto de Genética Yunis Turbay, laboratorio autorizado y acreditado para el efecto.

Frente a la prueba recopilada en el extranjero, ha de tenerse en cuenta que se efectuó observando la debida cadena de custodia, y la omisión en el envío de algunos documentos al laboratorio, no la invalida, como quiera que obran en el expediente y de ello se dejó constancia en el exhorto recibido, se reitera, que contiene el “ACTA DE DILIGENCIA DE MUESTRAS DE SANGRE PRUEBA ADN” (sic) de la señora MARÍA DOLORES MAYORGA DE RONDÓN, practicada el día 15 de junio de 2009, a la hora de las 10:30 a.m., ante el Consulado General de Colombia en la ciudad de Miami, en la que se indica que se hizo presente la señora WANDA ADAMES, asistente médica, quien practicará la toma de la muestra en presencia del Vicecónsul, y siguiendo el instructivo para “llenar la cadena de custodia” (sic) se verificó la identidad de la persona compareciente señora MARÍA DOLORES MAYORGA DE RONDÓN, se tomó fotocopia de los documentos de identificación presentados por los comparecientes (cédula de ciudadanía, pasaporte y fotografía de la señora MARÍA DOLORES MAYORGA DE RONDÓN), se diligenció el formulario anexo de registro de estudios de filiación y genética forense “cadena de custodia”, del Instituto de Genética de Servicios Médicos Yunis Turbay y Cia. S. en C., se toma la muestra, así como las huellas. (Ver folios 315 a 332 cdo. 1), luego, si se cuenta con la información, sobre el origen de la muestra de sangre, quien la tomó y en presencia de qué autoridad, se verificó la identidad de la examinada y se tomó fotocopia de sus documentos de identificación y sus huellas dactilares, además fue analizada por laboratorio certificado y acreditado para el efecto (no obra prueba en contrario).

Luego, si el extremo pasivo tenía algún reparo sobre la idoneidad del Laboratorio designado, debió ponerlo en conocimiento en la oportunidad procesal pertinente, esto es, cuando se hizo el nombramiento y no ahora, por ende, su cuestionamiento resulta extemporáneo y carente de sustento jurídico alguno, así como lo dicho sobre el resultado de la prueba de paternidad realizada a la señora MARÍA DOLORES MAYORGA DE RONDÓN, pues si evidenciaron irregularidad en su elaboración, resultándoles insuficiente la aclaración rendida por el Instituto de Genética YUNIS TURBAY, debieron objetarla, más se abstuvieron de ello.

En suma, sobre este tópico también está llamado al fracaso el recurso interpuesto. Por último, en lo que concierne a las mejoras reclamadas por los demandados MAYORGA PEDRAZA, al respecto tiene dicho la doctrina (tratadista Pedro Lafont Pianetta en su obra DERECHO DE SUCESIONES, TOMO II, págs. 746 y 747:

"594. DEFENSAS Y DERECHOS DEL DEMANDADO.-

I. Enunciación. Defensas sobre bienes supuestamente herenciales.- (...)

II- Derechos.- Por otra parte, el demandado goza de ciertos derechos que no están dirigidos, como en el evento anterior, a enervar total o parcialmente la acción de petición de herencia, sino más bien a garantizarle o compensarle ciertas actuaciones. Dentro de ellos podemos citar los siguientes:

1. Mejoras.- El derecho sobre mejoras así: al pago de sus gastos cuando se trataba de mejoras materiales (v. gr. Construcciones) o jurídicas relacionadas con los bienes (v. gr. Pago de hipoteca o gastos para juicio reinvindicatorio o posesorio) o con la sucesión misma (v. gr. pago de impuestos prediales, de renta y complementarios y los sucesoriales; así como lo gastos del proceso de sucesión y partición de la herencia), en cuanto aprovechen necesariamente al heredero verdadero. Cuando se trata de mejoras útiles, el heredero aparente de buena fe tiene derecho al pago de aquellas efectuadas antes de la contestación de la demanda y el derecho a llevarse los materiales que pudieren separarse sin detrimento de aquellas mejoras hechas después de dicha contestación, salvo que el verdadero heredero consiente en su pago. NO existe derecho al pago de mejoras voluntarias, sino la facultad para llevárselas si se pueden separar sin detrimento (arts. 961 y ss y 1323 C.C.). ”.

Como en este caso, los citados accionados no precisaron en qué consisten las mejoras, pues si bien es cierto, en su escrito de contestación a la demanda, enunciaron algunos “conceptos”, no indicaron respecto de qué bienes se efectuaron, ni la época en que ocurrieron, así como tampoco datos relevantes que permitan individualizarlas e identificarlas; y aunado a ello, los experticios practicados para el efecto, no dilucidaron el punto a establecer, pues carecen de información determinante así como de sustento probatorio de las “presuntas” mejoras efectuadas, como consta en autos, nítido procedía conforme lo concluyó el a quo, denegar su reconocimiento dentro de estas diligencias.

Por lo discurrido en acápitres precedentes, habrá de confirmarse la sentencia de primera instancia en lo que fue objeto de impugnación, condenando en costas a la parte apelante, con apoyo en lo reglado en el numeral 1º del artículo 392 del C. de P. Civil. (...)

FUENTE NORMATIVA : ARTÍCULOS 81, 140, 143, 179, 180, 238, 392 Y 516 DEL C.P.C.

: ARTÍCULOS 961 y ss y 1323 DEL C.C.

: LEY 721 DE 2001

FECHA

: 2013-01-11

PROCESO

: FILIACIÓN NATURAL CON PETICIÓN DE HERENCIA

PONENTE

: Dr. ÓSCAR MAESTRE PALMERA

DEMANDANTE

: MARÍA DOLORES MAYORGA DE RONDÓN Y OTRAS

DEMANDADO

: HEREDEROS DE JODÉ TOMÁS MAYORGA RODRÍGUEZ

RADICACIÓN

: 6208

DECISIÓN

: CONFIRMA SENTENCIA

SALA PENAL

1. PROVIDENCIAS DE ESTA CORPORACIÓN

.1. M. P. RAMIREZ CONTRERAS LUIS FERNANDO Rad. 110013104051 2006 00362 07 (09-12-11) DOCUMENTO PRIVADO OTORGADO EN EL EXTERIOR – valor probatorio - Cuando no es protocolizado, su autenticidad está gobernada por las normas de procedimiento civil y penal, y aunque no haya

sido apostillado tiene validez en el Estado Colombiano. – CONFESIÓN - Es indivisible, esto es, se la debe tomar en todos sus aspectos, a menos que haya prueba en contrario de alguno de ellos. – **INTERROGATORIO DE TESTIGOS** - Práctica adecuada - Observancia del derecho a la no autoincriminación.

En relación con el argumento de la no validez del documento de Portugalete, del 27 de abril de 1997, “*DECLARACIÓN DE INTENCIÓNES*”, para tenerlo en cuenta en este proceso por no estar protocolizado ni apostillado, insistentemente formulado por FÁTIMA OLARRA y el abogado de parte civil, debe decirse que no se puede dejar de lado la previsión legal aplicable, en este caso el artículo 262 de la Ley 600:

*“Se presumen auténticos los documentos cuando el sujeto procesal contra el cual se aducen no manifieste su **inconformidad** con **los hechos** o **las cosas que expresan** antes de la finalización de la audiencia pública”.* (Se resalta)

Esa inconformidad ha sido planteada por aspectos puramente formales, el *protocolizado y apostillado*, mientras que la ley admite sólo los motivos sustanciales: *con los hechos o las cosas que expresan*. Sobre el contenido de esta “*DECLARACIÓN DE INTENCIÓNES*” no han manifestado desacuerdo los herederos, por lo tanto se presume auténtico.

El aspecto formal del documento privado queda regulado por el Código Procedimiento Civil, Num. 5 Inc. 3. Art. 252, aplicable por el principio de remisión (artículo 23 Ley 600) en las materias que no se hallen expresamente reguladas en el procedimiento penal, que dice:

“En todos los procesos, los documentos privados manuscritos, firmados o elaborados por las partes, presentados en original o en copia para ser incorporados a un expediente judicial con fines probatorios, se presumirán auténticos, sin necesidad de presentación personal ni autenticación. Esta presunción no aplicará a los documentos emanados de terceros de naturaleza dispositiva.”

La protocolización en nuestro medio significa la incorporación en una escritura pública de un documento, público o privado, y se aplica en unos casos por mandato de la ley, en otros por voluntad de las partes para darle autenticidad, publicidad y oponibilidad. Pero cuando el documento privado no es protocolizado, su autenticidad está gobernada por las normas de procedimiento civil y penal atrás citadas.

De otro lado, lo más importante del argumento que ataca la admisibilidad de esta *DECLARACIÓN DE INTENCIÓNES* es que pretende separar la verdad en dos esferas: una sería la verdad para los integrantes de la familia OLARRA, y otra diferente para MÁRQUEZ, SALAZAR y las autoridades extranjeras o colombianas. Sin embargo, la verdad no puede ser sino una sola, independientemente de que la conozcan sólo en el círculo privado o que se haga pública. No tratándose de derechos personalísimos o sometidos a privilegio legal, es ajustado a derecho tener como verdad para el proceso el contenido del documento cuestionado.

Por lo demás, no es necesario que un documento haya sido apostillado para que tenga aplicabilidad en el Estado Colombiano. Un documento privado comporta aspectos oficiales cuando se le hacen anotaciones oficiales de autenticidad mediante el apostillado, el que significa dar fe pública de que quienes lo suscriben son quienes se dice que son. La Convención sobre la abolición del requisito de

legalización para documentos públicos extranjeros, suscrita en La Haya el 5 de octubre de 1996, integrada al ordenamiento jurídico colombiano por la Ley 455 de 1998, regula el apostillado para documentos públicos que han sido ejecutados en el territorio de un Estado contratante y que deben ser exhibidos en el territorio de otro Estado contratante. En relación con esta convención la Corte Constitucional dijó en sentencia C-164/99:

“Suprimir ese trámite, sin duda permite la realización de principios esenciales para la buena marcha de las relaciones entre los países y los particulares, y en general para la eficacia de los proyectos de cooperación entre los países contratantes y los particulares oriundos de los mismos, a tiempo que viabiliza la eficacia, economía y celeridad que el mundo moderno exige en las relaciones económicas, políticas, financieras y comerciales, principios que nuestro ordenamiento superior consagra como rectores de la administración pública.

“En esa perspectiva, las decisiones de la Convención cuya constitucionalidad se examina, a las que pretende adherir el Estado colombiano, en nada contrarían nuestro ordenamiento superior y al contrario generan un espacio en el que la cooperación internacional, tanto en el ámbito público como en el privado, encuentra escenarios cada vez más flexibles y propicios para el intercambio y la integración, lo cual también permite concretar el mandato constitucional que contiene el artículo 226, que establece que el Estado colombiano promoverá la internacionalización de las relaciones políticas, económicas, sociales y ecológicas sobre bases de equidad, reciprocidad y conveniencia nacional.” (Se resaltó).

En conclusión, no es admisible el argumento de que la *DECLARACIÓN DE INTENCIÓNES* no tiene validez en Colombia o en este proceso, y por el contrario, al no haber sido cuestionado el contenido ni haberse violado norma alguna del debido proceso probatorio, se tiene por verdadero y vinculante para los sujetos procesales que lo produjeron.

(...)

9.3.1.6. SOBRE LA AUSENCIA DE PRUEBA ESCRITA y LA CONFESIÓN.

Sobre este tópico, se hace aplicable el concepto de *principio de prueba por escrito* regulado por el Código de Procedimiento Civil en su artículo 232, a falta de regulación expresa en el procedimiento penal: ...

En el presente caso, dentro de las prácticas usuales del comercio, debería haber existido prueba escrita de la titularidad de OLARRA sobre sus cuotas sociales en Promotora Industrial Márquez & Cía. SCA, en HENASA, en Laminados Bogotá Ltda., y en Inmobiliaria Pereira Ltda.

La calidad de las partes es la que en este caso explica que hayan decidido omitir, parcialmente, el otorgamiento de los documentos correspondientes a sus negocios; la calidad de LUIS OLARRA U. era la de una persona avezada en los negocios internacionales y locales, extranjero en Colombia que terminó por conocer y confiar profundamente en el también comerciante extranjero MÁRQUEZ la representación de su patrimonio en Colombia. Como ello no es ilegal, queda sujeto a su libre arbitrio cómo respaldarlo para efectos entre ellos y ante terceros. En la primera negociación importante, la transformación de Zolaeché en Promotora Industrial, además de la escritura pública “en confianza” como se suele llamar, suscribieron una escritura privada, un poder por el que OLARRA podía disponer ampliamente de la nueva sociedad. Si durante más de diez años siguen desarrollando industrias, no se puede sino deducir que esa confianza se fortalecía, y por ello es comprensible que se haya llegado al documento “Contrato de

Compraventa". Pero como este negocio jurídico en sí mismo no se ajusta a las solemnidades de ley, quedó vigente para las relaciones entre sus signatarios únicamente, porque sólo ellos conocían y confiaban en sus propias calidades personales.

No hay prueba *ad substantiam actus ni ad probationem* sobre el negocio realizado, por lo cual el dicho de MÁRQUEZ, quien es persona capaz de obligarse, versa sobre derechos disponibles por él y sobre hechos personales que le perjudican, ante funcionario judicial, adquiere la calidad de confesión como medio probatorio de plena validez para los efectos civiles y comerciales y se le deben aplicar las reglas propias de esa institución en su plenitud.

Una de las características de la confesión es la de ser indivisible, esto es, que se la debe tomar en todos sus aspectos, a menos que haya prueba en contrario de alguno de esos aspectos. El estatuto procesal general prescribe:

"Art. 200: Indivisibilidad de la confesión y divisibilidad de la declaración de parte.

La confesión deberá aceptarse con las modificaciones, aclaraciones y explicaciones concernientes al hecho confesado, excepto cuando exista prueba en contrario. ..."

Por lo tanto, lo confesado por MÁRQUEZ se debe apreciar con un valor de credibilidad suficiente en la medida en que sus contrapartes no demuestren que es falso en algún sentido o aspecto.

Resulta fortalecida esta inferencia de credibilidad por hechos indicadores y elementos materiales de prueba: ...

Las afirmaciones de MÁRQUEZ sobre el origen del contrato de compraventa de acciones; la modificación de su primera forma de pago; su pago parcial efectivo; la modificación de la forma de pago acordada debido a los problemas generales de la economía que lo hacían impagable en la segunda forma acordada; el que la modificación fue acordada de modo que él conservara la operación industrial o comercial y OLARRA se quedara con los inmuebles determinados como un lote de dos hectáreas y cinco bodegas, una destinada a gastos; el encuentro de Bilbao donde OLARRA le señala que el acuerdo se continúe pero en cabeza de LUIS hijo, son todos hechos confesados por MÁRQUEZ que modifican, aclaran y explican el principal hecho confesado, la existencia de la deuda como obligación natural y la voluntad de pago del deudor. Ninguno de ellos ha sido desvirtuado, sino por el contrario confirmado, en la larga relación de la evidencia recolectada en este proceso. No habiendo prueba en contrario, se tiene esta confesión como verdadera y creíble.

9.3.2. DEL FALSO TESTIMONIO:

El artículo 442 de la Ley 599 de 2000, establece este tipo penal, así: ...

Analizando la descripción de este tipo, la conducta de faltar a la verdad o callarla total o parcialmente está condicionada a que se realice en las circunstancias específicamente señaladas en los elementos normativos previstos en la disposición legal: "***en actuación judicial o administrativa***", es decir dentro del marco de un proceso donde se profieren decisiones a través de las cuales se resuelvan conflictos interpersonales; "***bajo la gravedad del juramento***" o promesa de verdad y "***ante autoridad competente***" que según la jurisprudencia "*no es propiamente la que resuelve sobre la calificación y fallo del delito, sino*

cualquier funcionario que en virtud de disposición legal esté facultado para recibir declaración, dictamen o versión bajo juramento".³

JOSÉ MÁRQUEZ está acusado y condenado en primera instancia por el presunto falso testimonio (2.2.) rendido en declaración del 26 de agosto de 2003 (f. 44 c. 1). Se hace un examen desde el comienzo mismo de su intervención atribuida de falsaria, como se ha propuesto por los diferentes sujetos procesales.

1) OBSERVANCIA DE LAS NORMAS DE INTERROGATORIO DE TESTIGOS.

La forma de un interrogatorio a testigos está sometida a regulaciones de orden constitucional, legal y lógico, es decir, no está librada al arbitrio incontrolado del funcionario o interrogador autorizado. La norma de procedimiento penal de Ley 600 es escasa en su descripción, por lo cual el funcionario y el abogado que pregunta debieron remitirse al procedimiento civil para cumplir su deber de lealtad al realizar y controlar que el interrogatorio fuera legal y correcto. Dice la Ley 600 de 2000:

"ARTÍCULO 274. Prohibición.

El funcionario se abstendrá de sugerir respuestas, de formular preguntas capciosas y de ejercer violencia sobre el testigo."

El fiscal en el ordenamiento de Ley 600 tenían características de juez; debe entenderse que si al juez le estaba prohibido formular preguntas capciosas, también le estaba ordenado impedir que otros interrogadores bajo su dirección las hicieran. Pregunta capciosa es la que en su formulación lleva implícita la aceptación de algo que el interrogado no ha aceptado. El Código de Procedimiento Civil, señala:

"ARTÍCULO 207. REQUISITOS DEL INTERROGATORIO DE PARTE.

... Cada pregunta deberá referirse a un solo hecho; si contiene varios, el juez la dividirá de modo que la respuesta se dé por separado en relación con cada uno de ellos y la división se tendrá en cuenta para los efectos del límite señalado en el inciso tercero. Las preguntas podrán ser o no asertivas."

"ARTÍCULO 226. REQUISITOS DEL INTERROGATORIO.

... Cada pregunta versará sobre un hecho y deberá ser clara y concisa; si no reúne los anteriores requisitos, el juez la formulará de la manera indicada. Cuando la pregunta insinúe la respuesta deberá ser rechazada, sin perjuicio de que una vez finalizado el interrogatorio, el juez la formule eliminando la insinuación, si la considera necesaria...."

Las formas de interrogar adecuadamente no son –como algunos afirman- novedad del sistema acusatorio en el derecho procesal colombiano; han estado siempre presentes, han sido comentadas con suficiencia por la jurisprudencia y la doctrina,⁴ y son desarrollo de los giros contenidos en estos artículos del procedimiento civil y de la lógica de la argumentación jurídica enmarcada en el respeto a las garantías fundamentales.

Por ello debe ser reprimida la irregularidad que se observa en este proceso en la forma de practicar este testimonio:

³ Casación, marzo 10 1948 G.J., t. LXV, pag 99. Sentencia de Casación. Radicado 9775 del 5 de diciembre de 1996.

⁴ Cfr. Por ejemplo, Romero Soto, Julio, y Romero Álvarez, Rocío, TÉCNICA JURÍDICA DE INVESTIGACIÓN PENAL E INTERROGATORIO. Ediciones Librería del Profesional, Bogotá, 1997; Londoño Jiménez, Hernando, CONFESIONES DE UN PENALISTA. Temis, Bogotá, 1979.

- Al describir la evidencia testimonial (2.2.1. y 2.2.2.) se dejó registrado que hubo preguntas compuestas, confusas y capciosas. A la pregunta compuesta, si entre el testigo y OLARRA se celebró un negocio sobre las empresas Laminados Bogotá y Herramientas Nacionales **y** si se plasmó en escrito, cuando el testigo responde “No”, no se puede saber cuál fue el verdadero sentido de su respuesta, pues pudo negar válidamente la segunda parte de la pregunta (es lo que normalmente sucede porque es lo más reciente en la mente del interrogado), o pudo negar la primera parte, o ambas; parece contrario a la realidad negar la primera parte, aunque también podría entenderse que la negó porque era un negocio imposible, (comprar lo propio) como quedó descrito atrás. El Fiscal debió impedir la pregunta por ser *compuesta*.

-La siguiente pregunta es capciosa porque da por aceptado lo que el testigo acaba de negar: si el testigo dijo que no había celebrado negocio sobre esas empresas, (si eso fue lo que negó), no podía la siguiente pregunta asumir que lo aceptó. Tendría que haber aclarado primero ese punto para luego preguntarle sobre desarrollos posteriores, como cuánto fue el precio, cómo acordaron el pago, etc. La pregunta debió impedirse por el Fiscal.

A la siguiente pregunta, si pagó después de 1989 y antes de 1994 más de \$4'500.000, con toda razón respondió el testigo que No. Examíñese con cuidado la pregunta: después de 1989 y antes de 1994, reduce el rango a entre 1990 y 1993, para haber pagado más de esa suma. Pero en innumerables ocasiones, y finalmente en el contrato de Transacción, se ha reconocido por ambas partes que pagó menos, sólo \$4'447.000. Por lo tanto la respuesta “NO” es correcta y verdadera, aún sin tener en cuenta que parte de ese dinero lo pagó en 1989, luego fue menos aún lo que pagó a partir de 1990.

En momentos posteriores del proceso se confunden aún más porque hablan de más de cuatro millones, en la misma diligencia cambian el rango, etc. Pero sobra entrar en detalles cuando se ha determinado la enorme debilidad del acto original. Esta clase de imprecisiones han inducido a confusión, no sólo del testigo, sino del fiscal, de los abogados y del juez, y reflejan un gran desgreño en el ejercicio de su función.

Las transcritas normas que reglan el testimonio han sido patentemente desconocidas en la prueba practicada, por el interrogador y por el fiscal, y ya por ello tendría que ser desechada como base para tomar una decisión judicial.

(...)

2) VIOLACIÓN AL DERECHO DE NO AUTOINCRIMINACIÓN.

Pese a las anteriores violaciones, de mayor y definitiva trascendencia es la vulneración de elementales garantías procesales que se observa en la práctica de esta prueba. Se hace necesario recordar ciertas normas fundamentales aplicables:

C. Pol. Art 33. *Inmunidad penal*.

“Nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo ...”

Esta norma en su forma literal y escueta es motivo de necesaria interpretación porque de acuerdo con los instrumentos internacionales y con la misma tradición colombiana, esa limitación sólo se entendía aplicable a los testimonios rendidos en asuntos penales, contravencionales y disciplinarios, es decir, en las actuaciones de derecho sancionatorio; así lo estableció la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 17 de octubre de 1991, exp. 2328, en los albores mismos de la vigencia de la Carta vigente, y por lo tanto le era aplicable al caso presente.

Su tenor literal lo hacía aplicable en todas las áreas de la jurisdicción, pero no fue esa la posición adoptada por la jurisprudencia constitucional sino desde la sentencia C-422/02, reiterada en C-102/05.

Si este tema era claro bajo la anterior Constitución, y bajo la actual fue interpretado tan tempranamente, es incomprendible que funcionarios judiciales del rango de los que han fungido en este proceso no se hayan percatado de la necesidad de hacerlo efectivo frente al testimonio cuestionado.

La norma legal repite esa garantía procesal fundamental y la enmarca en la forma como han de cumplirse los procedimientos:

CPP Ley 600 art. 266. Deber de rendir testimonio.

Toda persona está en la obligación de rendir bajo juramento el testimonio que se le solicita en la actuación procesal, salvo las excepciones constitucionales y legales. ...

Art. 267. Excepción al deber de declarar.

Nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo...

El servidor público informará de este derecho a toda persona que vaya a rendir testimonio.

Art. 276. Práctica del interrogatorio.

La recepción del testimonio se ajustará a las siguientes reglas:

1) Presente e identificado el testigo, el funcionario le tomará el juramento y le advertirá sobre las excepciones al deber de declarar. ...

El procesado estaba rindiendo un testimonio en una actuación penal; le fue tomado el juramento, lo cual implica una cominación, sometimiento y obligación de decir la verdad, y se entiende que debió serle advertido que en las afirmaciones que pudieran resultar comprometedoras para su responsabilidad penal podía guardar silencio; pero en todo caso, al escuchársele una respuesta diferente a la evidencia disponible, como parecía suceder, era deber del fiscal levantarle el juramento, advertirle que esa respuesta podría implicarle responsabilidad penal, y volverle a formular la pregunta sin la cominación de juramento de decir la verdad.

Por la forma como se realizó la prueba, quedó convertida en una indagatoria bajo juramento, sin acompañamiento de defensor, contrasentido inadmisible en toda práctica procesal penal.

La rutina de levantar el juramento dentro de los testimonios, en los segmentos que adquieren esa característica, así como la de imponer el juramento dentro de una indagatoria cuando el indagado afirma imputaciones penales a otras personas, si bien hoy en día no están detalladamente descritas en las normas penales vigentes, son muy conocidas y practicadas en todos los despachos judiciales, incluso en cualquier inspección de policía o alcaldía, y traducen correctamente el mandato constitucional y legal transrito. Por esa razón encuentra esta Sala sorpresivo que al alto nivel al que se trató el sumario, y la causa, no fuera señalada esta grave irregularidad.

Véase cómo en el procedimiento civil está previsto expresamente:

"ARTÍCULO 207. REQUISITOS DEL INTERROGATORIO DE PARTE.

... Las preguntas relativas a hechos que impliquen responsabilidad penal, se formularán por el juez sin juramento, con la prevención al interrogado de que no está en el deber de responderlas."

Es bien sabido que el procedimiento penal se remite al procedimiento civil en lo que no tenga expresamente regulado, de modo que esta norma es de directa aplicación; pero con el garantismo que preside la actuación penal, bastaba con la sola actitud de protección del derecho fundamental al debido proceso para que el Fiscal 76 seccional pudiera deducir que el interrogatorio que formulaba la parte civil se apartaba de la ley.

Se impone la exclusión de esta prueba del proceso, por ilicitud rampante que no puede llevar sino a la aplicación del artículo 29 superior, inciso final:

“Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso.”

En consecuencia, la acusación y condena en primera instancia a JOSÉ MÁRQUEZ será revocada por basarse en prueba ilícita, además de ilegal y violatoria de las formalidades del testimonio.”

Relatoría/consulta/2013/Providencias incluidas en los boletines

1.2. RAMIREZ CONTRERAS LUIS FERNANDO Rad. 110016000055 2011 00199 01 (03-12-12) POSTULACIÓN PROBATORIA - Aunque el juez no debe exigir demasiada argumentación a la defensa, la postulación probatoria debe ser suficientemente sustentada ante el juzgador.

“6.1) Los jueces de conocimiento no pueden exigir a la defensa una extensa y farragosa elucubración jurídica para demostrar la importancia y utilidad de las solicitudes probatorias que postula, pues al hacerlo, la obligaría a presentar una teoría del caso que la ley no le impone; además, estaría requiriendo juicios hipotéticos sobre el desarrollo de un debate probatorio que no ha empezado.

Sin embargo, de lo anterior no se sigue que el sujeto procesal quede relevado de exponer, aunque sea genéricamente, argumentos fácticos y jurídicos para demostrar que la prueba peticionada resulta necesaria y útil para esclarecer los hechos materia de acusación o que por lo menos va a tener algún punto de pertinencia importante con los mismos, pues precisamente con fundamento en esas manifestaciones se busca, a través del juez de conocimiento, depurar la audiencia de juicio oral de debates probatorios injustificados, repetitivos, confusos o dilatorios y permitir a la contraparte postular los argumentos de contradicción que considere pertinentes para evitar que la solicitud probatoria propuesta sea despachada favorablemente.

“En ese orden, la parte que formula la postulación probatoria ostenta la ineludible carga procesal de indicar las razones que orientan la solicitud y, específicamente, los motivos de conductencia, pertinencia y utilidad del medio de convicción que imponen su decreto, obligación que comporta otorgar argumentos claros y concretos a efectos de garantizar la adecuada comprensión de la petición y, consecuentemente, el derecho de contradicción de la contraparte, quien al conocer los fundamentos de la petición adquiere elementos de juicio para oponerse a su práctica, si así lo considera.

Recuérdese que el sistema procesal penal nacional, de tendencia acusatoria, se caracteriza por su naturaleza adversarial, conforme a la cual cada parte ostenta potestad investigativa individual para demostrar, con sus propios medios de prueba, la teoría del caso adoptada. En tal sentido, la

postulación probatoria constituye una actividad rogada, en cuya ejecución las partes deben otorgar elementos de juicio al juzgador que evidencien la conducencia, pertinencia y utilidad de los medios de convicción frente a los hechos o circunstancias de la conducta punible, a la responsabilidad penal del acusado y a la teoría del caso.⁵

6.2) De acuerdo con los argumentos que vienen de exponerse, se concluye que el defensor técnico, estando obligado a hacerlo, no logró transmitir con claridad la importancia y relación concreta que tendría un genérico estudio sicológico consistente en el comportamiento sexual de los adolescentes latinoamericanos y colombianos con los hechos jurídicamente relevantes propuestos en la acusación fiscal; no disertó de manera convincente sobre su pertinencia y admisibilidad y mucho menos demostró por qué resultaba verdaderamente útil y necesario presentarlo en la audiencia de juicio oral, de tal suerte que ante tal ausencia de carga argumentativa suficiente, no se podía esperar la aceptación de esa postulación probatoria ambigua e indeterminada, con la que no se explicó ni siquiera un punto de pertinencia en relación con alguno de los aspectos principales del debate, ni tampoco el por qué, de cara los artículos 11 y 32 de la Ley 599 de 2000, un estudio sicológico de carácter genérico tenía la potencialidad de demostrar la ausencia de lesividad de la conducta punible enrostrada a la acusada.”

Relatoría/consulta/2012/Providencias incluidas en los boletines

MÁX ALEJANDRO FLÓREZ RODRÍGUEZ
Presidente

DORA ELSA USCÁTEGUI LARA
Relatora

⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto del 23 de mayo de 2012, radicado 38382, MP. María del Rosario González Muñoz.