



**RAMA JUDICIAL**  
**TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ**  
**BOLETÍN 06 DE 15 DE ABRIL DE 2013**

**1. PROVIDENCIAS DE INTERÉS DE ESTA CORPORACIÓN**

**1.1.1  
SALA CIVIL**

**Problema jurídico por resolver:** debe la Sala determinar si declarara la responsabilidad civil contractual de la demandada (fl.62), por el incumplimiento del contrato de transporte marítimo celebrado entre MULTIDIMENSIONALES S.A. y EDUARDO L. GERLEIN S.A., agente marítimo de la naviera HAPAG-LLOYD CONTAINERS LINIE GMWH. , toda vez que, según el actor, la mercancía encargada de transportar de Hamburgo (Alemania) a Cartagena (Colombia) fue dictaminada como “pérdida total”.

**“EN CONCLUSIÓN, VIENDO QUE EL DEMANDADO NO CUMPLIÓ CON LA CARGA DE PROBAR OBJETIVAMENTE LOS HECHOS QUE ALEGA, COMO LO ORDENA EL ARTÍCULO 177 C.P.C, NO EXISTE PRUEBA ALGUNA DEL DAÑO IRROGADO A LA MAQUINARIA, Y POR LO TANTO NINGÚN MÉRITO PRESTA ANALIZAR INTEGRALMENTE LA RELACIÓN DE RESPONSABILIDAD, POR CUANTO EL DAÑO ES EL ELEMENTO CONSTITUTIVO DE CUALQUIER ANÁLISIS DE LA NATURALEZA DEL PRESENTE. LUEGO, DESCARTADA LA EXISTENCIA DE UNA RESPONSABILIDAD DEL PORTEADOR PARA CON EL ACTOR, HUELGA DECIR QUE LAS PRETENSIONES DEL DEMANDANTE NO ESTÁN LLAMADAS A PROSPERAR, Y POR ENDE HASTA ESTE PUNTO SE LIMITARÁ EL ESTUDIO DEL CASO POR PARTE DE ESTA CORPORACIÓN Y SERÁ, POR LO EXPRESADO, QUE EL FALLO DE PRIMERA INSTANCIA SERÁ CONFIRMADO, Y SE CONDENARÁ EN COSTAS DE ESTA INSTANCIA AL RECURRENTE (NUM. 1 DEL ART. 392 C.P.C.)”.(...)**

**a) Demanda:**

La empresa MULTIDIMENSIONALES S.A., formuló contra la empresa de Agencia Marítima EDUARDO L. GERLEIN S.A. o GERLEINCO, demanda ORDINARIA DE MAYOR CUANTÍA, con el propósito de que se declare: *i)* Que la empresa EDUARDO L. GERLEIN S.A., como agente marítimo en Colombia de la Compañía Naviera HAPAG-LLOYD CONTAINERS LINIE GMWH, incumplió las obligaciones derivadas del contrato de transporte marítimo del que fue objeto la máquina impresora de marca Nilpeter FA3300 UV Flexo, Serial F2094, remitida dentro del contenedor HLXU-4501445, la cual arribó al puerto de Cartagena en condiciones de pérdida total; *ii)* Que, en razón a lo anterior, la empresa es responsable de los daños causados a la maquinaria; *iii)* Que se condene al pago de los daños causados a la maquinaria, en términos de daño emergente y lucro cesante, además de los costes de transporte, reexportación, y las costas del proceso.

Dichas solicitudes se fundaron en los siguientes hechos:

1. En julio 20 de 2001, la empresa demandante celebró contrato de compraventa de bienes respecto de una impresora de la referencia FA3300 UV

Flexo, Serial F2094 NILPETER, y su correspondiente unidad de enfriamiento, el cual se pactó C&F Puerto de Cartagena.

2. El 23 de julio de 2001, la empresa NILPETER, a través de su agente BLUE WATER SHIPPING A/S, entregó a la compañía naviera HAPAG-LLOYD la maquinaria en la ciudad de Hamburgo (Alemania), para su transporte hasta la ciudad de Cartagena. Dichos equipos fueron empacados en los contenedores HLXU-4501445 de 40 pies para la unidad principal de la máquina impresora, y HLXU-2113477, de 20 pies para la unidad enfriadora de la máquina impresora y otros accesorios indeterminados.

3. Para el anterior transporte marítimo, la demandada (antes ADUANA VAPORES S.I.S. EDUARDO GERLEIN S.A.), obró en calidad de agente marítimo de HAPAG-LLOYD CONTAINERS LINIE GMWH, de acuerdo a la certificación expedida por la DIMAR.

4. Por razones no suficientemente explicadas por la naviera o su agente marítimo, el contenedor de 20 pies arribó a puerto el día 11 de agosto de 2001, mientras el Contenedor de 40 pies que traía la unidad principal de la máquina impresora, solo arribó a puerto el día 1º de Septiembre del mismo año.

5. Lo anterior, no obstante que el embarque se encontraba amparado en UN solo conocimiento de embarque y tenía el mismo itinerario, el identificado HLXU-4501445 fue cargado y descargado en varias oportunidades, fue manipulado y al final llegó a su destino con 20 días de retraso.(...)

Admitida la demanda, se notificó al demandado, quien en término la contestó proponiendo excepciones de mérito, las que denominó “*Inexistencia de la obligación demandada*”, “*falta de legitimación por pasiva*”, “*cesación de la responsabilidad del naviero por detectarse el daño a los equipos en la ciudad de Bogotá*”, “*embalaje deficiente y culpa del consignatario*”, “*culpa exclusiva de terceros*”, “*culpa del consignatario*”, y “*limitación de la responsabilidad por bulto*”.

## LA SENTENCIA APELADA

El fallo de primera instancia, resolvió denegar las pretensiones de la demanda, al considerar que una vez cumplidas las verificaciones reglamentadas por la Sociedad Portuaria de Cartagena (establecidas en la Resolución de Aprobación No. 000090 de 23 de Octubre de 2003), no se formuló observación alguna, ni por el Operador Portuario, ni por la SIA apoderada especial para atender la recepción del embarque, de forma tal que no habiendo evidencia suficiente que soporte la ocurrencia de algún daño perceptible externamente en la maquinaria, cesó la responsabilidad del transportador de forma exitosa, con la entrega de los bienes en presunto buen estado. Igualmente, encontró el a quo, que no se probó el alegato del demandante en cuanto a haber pactado un término definido para la entrega de los bienes en el puerto de Cartagena, y en cuanto a un indebido cargue, embalaje, estibado y anclado de la maquinaria contenerizada, razón por la que no puede afirmarse que el contrato se incumplió en estos sentidos.

Por todo esto, y por cuanto no se formuló reclamo dentro de los 3 días siguientes al descargue de las mercancías, en los términos del conocimiento de embarque, por cuanto el demandante no dio instrucciones claras a la SIA para inspeccionar detalladamente la mercancía a efectos de verificar los daños existentes en la maquinaria, fue que se encontró sin sustento la reclamación del demandante.

## EL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión, la parte demandante propuso recurso de apelación contra el fallo proferido por el a quo, el que fundamentó en lo siguiente:

Que la prueba testimonial depuesta por el funcionario de la SIA encargada de la recepción de la maquinaria, señor JUAN ATENCIO ATENCIO, fue descontextualizada, por cuanto la revisión por él realizada no tenía carácter técnico, y su único objetivo era el de verificar los seriales de la maquinaria, sin destapar ni desembalar el material enviado, lo que implica de hecho que no se iba a verificar a profundidad el estado de la maquinaria, no como afirmó el Juzgado que al no existir “novedad alguna” en el reporte de la inspección, el daño no había ocurrido durante el viaje por mar; para ello, se refiere al testimonio del señor HERNANDO TOVAR GUERRERO, quien indicó que la expresión “sin novedad alguna” contenida en el reporte por él suscrito, solo es referente al sello de seguridad del contenedor.

Que la parte demandada no acreditó el haber cumplido satisfactoriamente las obligaciones que derivan del contrato de transporte marítimo, esto es, la entrega en el tiempo pactado (o en el tiempo usual de transporte para ese tipo de mercancías), y el cuidado y conservación necesarias de las cosas transportadas, siendo pertinente deducir que si el contenedor arribó a puerto con su contenido dañado, es posible que los deterioros hayan sucedido por causa de un golpe perpendicular ocurrido en uno de los embarques y desembarques injustificados sucedidos en lo que se reputa como tiempo de retraso.

Que el *a quo* entiende –erradamente, a juicio del recurrente- satisfecha la responsabilidad del transportador bajo la única base de que no se presentaron en tiempo los reclamos pertinentes, es decir, dentro de los 3 días siguientes a la entrega, afirmando que si se aseguró la carga para el transporte terrestre, ello implicaba que la mercancía se encontraba en perfectas condiciones, cuando eso se fundamentó solo en el hecho de que el contenedor no mostraba señas de daños graves o aparentes.

Que no existe limitación de la responsabilidad por bulto como lo indica el demandado, por cuanto el transporte no se surtió dentro del territorio de EEUU y que dicha disposición no es aplicable en Colombia.

## CONSIDERACIONES

El punto El presente asunto se encuentra en el ámbito de **la responsabilidad civil**, entendida como aquella que engloba todos los comportamientos ilícitos que por generar daño hacen recaer en cabeza de quien lo causó, la obligación de indemnizar.<sup>1</sup> Vale decir entonces, que ese “comportamiento ilícito” o “hecho ilícito” puede consistir en el incumplimiento de obligaciones provenientes de un contrato (responsabilidad civil contractual), o en el incumplimiento de las obligaciones legales o cuasicontractuales, o en el delito, el cuasidelito o la violación del deber general de prudencia, o por el empleo de la energía humana o de objetos accionados por el hombre o la exteriorización de ideas (responsabilidad civil extracontractual).

El sub-litigio se encaminó a declarar la responsabilidad **civil contractual** de la demandada (fl.62), por el supuesto incumplimiento del contrato de transporte marítimo celebrado entre MULTIDIMENSIONALES S.A. y EDUARDO L. GERLEIN S.A., agente marítimo de la naviera HAPAG-LLOYD CONTAINERS LINIE GMWH. , toda vez que, según el actor, la mercancía encargada transportar de Hamburgo (Alemania) a Cartagena (Colombia) fue dictaminada como “pérdida total”.

---

<sup>1</sup> Precisiones tomadas de la obra TRATADO DE RESPONSABILIDAD CIVIL. TAMAYO JARAMILLO, Javier. Tomo I. Editorial Legis. Pág. 8

Como es bien sabido, la actividad de transporte es, a todas luces peligrosa, constitutiva de riesgo, el art. 992 del C. Cio se encarga de incluir la presunción de culpa de quien la explota, de suerte que sólo si se demuestra la ocurrencia de una fuerza mayor o de un caso fortuito, la culpa exclusiva del remitente, o el hecho de un tercero, además de haber adoptado todas las medidas razonables que hubiere tomado un transportador según las exigencias de la profesión para evitar el perjuicio, es posible absolver de toda responsabilidad<sup>2</sup>, postura esta que ha sido sostenida por la H. Corte Suprema de Justicia<sup>3</sup>.

Ahora bien, en el caso particular del transporte de cosas por mar, regulado en el Libro Quinto, Título IX del Código de Comercio, se estableció igualmente la presunción de responsabilidad mencionada<sup>4</sup>, ya que el art. 1609 Ibídem, previó que el transportador estará exonerado de responsabilidad por perdidas o daños que prevengan:

- “ (...)
- 1) *De culpas náuticas del capitán, del práctico o del personal destinado por el transportador a la navegación. Esta excepción no será procedente cuando el daño provenga de una culpa lucrativa; pero en este caso sólo responderá el transportador hasta concurrencia del beneficio recibido;*
  - 2) *De incendio, a menos que se pruebe culpa del transportador;*
  - 3) *De peligros, daños o accidentes de mar o de otras aguas navegables;*
  - 4) *De fuerza mayor, como hechos de guerra o de enemigos públicos, detención o embargo por gobierno o autoridades, motines o perturbaciones civiles, salvamento o tentativa de salvamento de vidas o bienes en el mar;*
  - 5) *De restricción de cuarentena, huelgas, "lock-outs", paros o trabas impuestas, total o parcialmente al trabajo, por cualquier causa que sea;*
  - 6) *De disminución de volumen o peso, y de cualquier otra pérdida o daño, resultantes de la naturaleza especial de la cosa, o de vicio propio de esta, o de cualquier vicio oculto de la nave que escape a una razonable diligencia, y*
  - 7) *De embalaje insuficiente o deficiencia o imperfecciones de las marcas.*
- PARÁGRAFO. Las excepciones anteriores no serán procedentes cuando se pruebe culpa anterior del transportador o de su agente marítimo, o que el hecho perjudicial es imputable al transportador o a su representante marítimo.”*

Conforme a lo anterior, y dentro del panorama de la relación de responsabilidad civil, entendida como el vínculo que surge sustancial y procesalmente entre las partes, se tiene la existencia de una presunción de culpa del porteador, y por ende, al hablarse de una relación de responsabilidad, es a

---

2 Tomado de la obra Los Principales Contratos Civiles y Comerciales. Bonivento Fernández, José Alejandro. Tomo II. Octava Edición. Librería Ediciones del Profesional.

3 Corte Suprema de Justicia, Casación Civil, Sentencia Junio 24 de 1988. “...la obligación de conducir sanas y salvas las mercancías o cosas a cargo del transportador, es una obligación de resultado porque su prestación comprende el comportamiento de conducción segura al sitio de destino, ...de allí que para el establecimiento de ésta responsabilidad contractual solo sea necesario la demostración del contrato de transporte de carga (en el estado recibido) el transporte y la no entrega o entrega defectuosa de la mercancía, quedando a cargo del transportador para efectos de exoneración, la prueba de la causa legal o convencional correspondiente...”

4 “(...) De este modo, y para circunscribir el análisis a la material propia del presente litigio, en el transporte marítimo, el art. 1609 del Código de Comercio enumera las causales de exención de responsabilidad del transportador. Entonces si la regla del art. 835 no le diera cabida a las distinciones, la del 1609 sobraría porque, debiéndose siempre probar la culpa del transportador aparecería como superfluo el señalarle a este motivos o hecho que conduzcan a la exoneración de responsabilidad.

Como semejante entendimiento de la cuestión es, a todas luces, inaceptable, se ha de colegir que el artículo 1609 consagra una presunción de culpa en contra del transportador, debiendo este, para desvirtuarla, y por consiguiente, para desligarse de responsabilidad, comprobar que el incumplimiento, o el cumplimiento tardío o defectuoso de sus obligaciones, halla su génesis en uno cualquiera de los hechos previstos en la norma citada. Siguese aquí el principio general establecido en las normas civiles (art. 1604 y siguientes Código Civil). (...)” Corte Suprema de Justicia. Sentencia Casación Civil Marzo 4 de 1988.

éste a quien corresponde probar la ocurrencia de cualquiera de los hechos referidos con precisión por la norma comercial precitada. En cuanto al daño se refiere, la carga de la prueba recae en cabeza del presunto afectado, quien debe determinar de forma concreta y objetiva las dimensiones de la lesión sufrida. Verificándose estos elementos, podría entonces entrarse a analizar si se dio la conformación material de una situación de responsabilidad a cargo del extremo pasivo, a favor del activo.

En seguida, y considerando que en el presente asunto el demandante alega el incumplimiento, por parte del demandado, del contrato de transporte marítimo entre ellos celebrado, para el traslado de una impresora de la referencia FA3300 UV Flexo, Serial F2094 y su correspondiente unidad de enfriamiento, de Hamburgo a Cartagena, por cuanto la mercancía llegó con graves daños que luego fueron catalogados, según alega el demandante, como “pérdida total”, y los que atribuye al manejo inadecuado de la carga durante el trayecto (demora en el transporte, cague y descargue en diferentes puertos, y cambios de naves), corresponde a la Sala examinar el material probatorio recaudado en el plenario, a fin de dar aplicación a los criterios de responsabilidad referidos.

(...)

Estando entonces debidamente acreditada la existencia y naturaleza del contrato de transporte inmerso en el *sub-lite*, ha de entenderse que, si la obligación de entrega es, por naturaleza, de resultado, consistirá esta, como ya se dijo, en el depósito a buen recaudo de la mercancía transportada, en manos del destinatario, o bien de aquella persona por él designada para el recibo y conservación de la misma hasta el momento en que haya previsto su recuperación directa y personalmente. De no darse el resultado en debida forma, tenemos entonces que existe una presunción de culpa del porteador, contenida en la previsión legal ya referida respecto del contrato en estudio.

En lo relativo a la debida ejecución del contrato de transporte por parte del porteador, se entiende que la obligación de resultado inherente al acuerdo celebrado se da por cumplida cuando este logra completar la entrega de los bienes transportados en el punto definido contractualmente como lugar de destino, en el tiempo pactado, y en el estado que los recibió.<sup>5</sup> Aún así, el destinatario conserva la posibilidad de manifestar su aceptación o no de la entrega. En el último de estos casos, deberá fundamentarse la decisión de no recibir el elemento transportado.

En cuanto al momento preciso de la entrega, doctrinalmente es bien sabido que “*la toma de posesión de las mercaderías no determina necesariamente que estas son aceptadas o una afirmación de que son conformes con las estipulaciones contractuales*”<sup>6</sup>. Así mismo, la norma comercial Colombiana comprende la situación, dentro de la previsión del artículo 1028, así:

*“Recibida la cosa transportada sin observaciones, se presumirá cumplido el contrato. En los casos de pérdida parcial, saqueo o avería, notorios o apreciables a simple vista, la protesta deberá*

---

5 “(...) El transportador se obliga a (...) conducir y entregar las cosas objeto del contrato, en las condiciones de peso, cuenta o medida si así constaba cuando las recibió. Y cuando las cosas a transportar consistan en contenedores, paletas, guacales y, en general, unidades cerradas, selladas o precintadas, consideradas unidad de carga, el transportador deberá entregarlas en el mismo estado en que las recibió”, comentarios Art. 1027, Bonivento Fernandez, Jose Alejandro, Op. Cit. P. 220.

6 Tomado de “La compraventa internacional de Mercaderías”, Díez-Picazo y Ponce de León, Luis. Editorial Civitas, p. 487

*formularse en el acto de la entrega y recibo de la cosa transportada.(Subraya el despacho)*

Es así como se puede comprender que, para el Derecho Colombiano, el momento preciso para la formulación de cualquier objeción que el destinatario considere pertinente respecto de la mercancía recibida, en los casos contemplados por la norma en cita, es durante el trámite de recepción del objeto transportado, so pena de dar vigor a la presunción que esta misma contempla. Aún así, en caso de presentarse imposibilidad del receptor para manifestar su descontento en ese instante, la norma misma preceptúa la conducta pertinente, de cargo del destinatario, así:

*Cuando por circunstancias especiales que impidan el inmediato reconocimiento de la cosa, sea imposible apreciar su estado en el momento de la entrega, podrá el destinatario recibirla bajo la condición de que se haga su reconocimiento. El examen se hará en presencia del transportador o de la persona por él designada, dentro de los tres días siguientes a la fecha de la entrega.(Subraya el Despacho)*

Corresponde entonces determinar, como primera medida, cuál fue el lugar real de entrega de la mercancía. Bajo esta perspectiva, no es de recibo el argumento del recurrente, según el cual la recepción de la mercancía ocurrió en Bogotá, tiempo después del descargue en Cartagena, y que era en este momento donde podían proponerse las reclamaciones a que hubiera lugar, en razón del estado aparente de la maquinaria. Acorde a lo probado en el proceso, se deben hacer las siguientes precisiones.

- Atendiendo a los movimientos de carga pactados en el “Bill Of Lading” entre NILPETER y Hapag-Lloyd Containers Linie GmwH, anexo al proceso fueron “FCL/FCL” (Full Container Load, por sus siglas en inglés), se tiene que el transporte se contrató de puerto a puerto por vía marítima. Este contrato fue aceptado en debida forma por la demandante, que llevó a cabo todos los actos pertinentes a su cargo para gestionar la recepción de la mercancía en el puerto, donde tomaría a su cargo el transporte por tierra de la misma.
- Está probado en el curso del juicio que MULTIDIMENSIONALES contrató los servicios de intermediación aduanera<sup>7</sup> de la compañía SIA ADUANERA MUNDIAL LTDA. con sede en Cartagena, a efectos de realizar el primer contacto con la mercancía. En efecto, el señor JUAN ATENCIO ATENCIO, representante legal de la última, refirió “tenemos conocimiento de la llegada de puerto Cartagena porque mediante poder especial otorgado por MULTIDIMENSIONALES éramos quienes debíamos manejar todo lo relacionado con la nacionalización de la mercancía...”<sup>8</sup>. Igualmente el demandante reconoce el vínculo contractual en el escrito de la demanda, al afirmar en el hecho 14: “El 5 de Septiembre de 2001, EDUARDO L. GERLEIN. S.A., en su calidad de agente marítimo de Hapag-Lloyd Containers Linie GmwH,

7 Según el Decreto 2532 de 1994, que regula la materia, La actividad de intermediación se constituye en una actividad auxiliar de la función pública aduanera, con el único y preciso objeto de facilitar a los particulares el cumplimiento de las normas legales existentes en materia de importaciones, exportaciones, tránsito aduanero y cualquier operación o procedimiento aduanero inherente a dicha actividad. Su propósito entonces es el asistir a las autoridades aduaneras en la recta y cumplida aplicación de las normas legales relacionadas con el comercio exterior, para el adecuado desarrollo de los regímenes aduaneros y demás procedimientos o actividades derivadas de la misma, obrando bajo solicitud de los particulares que contraten sus servicios.

8 Fl. 235, Cdno. Despacho comisorio

liberó la carga a ADUANERA MUNDIAL SIA LTDA (sic), sociedad de intermediación que obraba como apoderado especial de MULTIDIMENSIONALES (Cfr. Fl. 67, Cdno. 1)  
(...)

En conclusión, es dable entonces afirmar que MULTIDIMENSIONALES no recibió la mercancía contenerizada en Bogotá, como lo alega, sino que fue la SIA ADUANERA MUNDIAL LTDA quien recibió, en calidad de mandatario especial de MULTIDIMENSIONALES, los contenedores conocidos de autos, y por ende, de acuerdo con el inciso primero del artículo 1028 C.Cio., le correspondía a la primera alegar la ocurrencia de una avería notoria en el cargamento, lo cual no sucedió.

En seguida, establecido que el lugar de entrega de la mercancía era la ciudad de Cartagena, es menester detenerse en el estudio de la recepción de la mercancía, y las condiciones en que esta se efectuó. Al efecto, según las declaraciones de JUAN ATENCIO ATENCIO, es evidente que tuvo lugar la recepción por conducto de la SIA ADUANERA MUNDIAL, toda vez que refiere que “*...el funcionario de la SIA encargado en la práctica de la preinspección para verificar el modelo y numero de serie de la máquina realizó su labor tal como se requería, no observando ninguna inconsistencia o daño alguno a la máquina por razones de desconocer técnicamente las características...*” (Fl. 234, Cdno. Despacho Comisorio). Debe anotarse entonces que la obligación de inspección de la maquinaria es de naturaleza integral, y por tanto, no puede pensarse que el funcionario delegado por la SIA ADUANERA MUNDIAL LTDA. Se sustrajera de la inevitable verificación del estado general de la maquinaria.

Visto lo anterior, esta Sala considera que, en razón de la naturaleza gráfica del aparente daño sufrido por la maquinaria al momento de su arribo a Bogotá, de haber ocurrido este con antelación a la inspección realizada por la SIA ADUANERA MUNDIAL LTDA. en el patio de aforos de la Sociedad Portuaria Regional de Cartagena, no se requería de conocimientos técnicos especiales para determinar que la máquina estaba en un deplorable estado de conservación, pues si esta avería era de las dimensiones alegadas, su ocurrencia podía ser percibida a simple vista. Debe tenerse en cuenta que la afirmación del funcionario de la SIA ADUANERA MUNDIAL LTDA., de que las piezas desembarcadas no presentaban ningún daño, está cobijada por la presunción establecida en el decreto 2532 de 1994, norma eje de la regulación de la actividad de intermediación aduanera, que refiere en su artículo 21:

*“La suscripción de las declaraciones, formularios o de cualquier otra actuación que se surta ante las administraciones aduaneras por parte de los representantes acreditados de las Sociedades de Intermediación Aduanera, conlleva la atestación por parte de éstas acerca de la veracidad de la información en ellos contenida.*

*La autoridad aduanera, sin perjuicio del ejercicio de sus facultades legales para la verificación documental o física, aceptará la información consignada en las declaraciones y formularios suscritos por los representantes autorizados de las Sociedades de Intermediación Aduanera.”* (Subraya el Despacho)

Por lo tanto, al no haber tenido lugar ninguna observación sobre la carga al momento de la recepción, no se logró desvirtuar en momento alguno la presunción de buen estado de las cosas a la que se hizo previa referencia. Es así que el funcionario pudo, en cualquier momento durante la mencionada inspección, reportar la ocurrencia del daño, lo

cual no sucedió. En vigencia entonces de la presunción de buen estado de la mercancía, y de la mano de la atestación de la información a cargo de la SIA contratada, se tiene que el daño no ocurrió durante el periplo marítimo de la mercancía, como lo alega el demandante.

Como se afirmó inicialmente, para poder comprender y materializar la presunción de culpa, con miras a imputar jurídicamente una responsabilidad, debe existir real y procesalmente un daño cierto y determinado, debidamente probado<sup>9</sup>, cuya carga corresponde al presunto afectado, esto es, el demandante.

En cuanto a este aspecto, la ley sustancial abarca la materia, siendo las bases de su estudio los artículos 1494 y 2341 del Código Civil. La doctrina ha referido con claridad que “...la imputación en responsabilidad por daños, debe tener por propósito vincular un suceso (dañoso) con un destinatario de la imputación, que es a quien le pertenece el suceso y, por tanto, a quien le corresponde asumir las consecuencias del mismo”<sup>10</sup>, lo cual soporta la idea de la necesaria combinación de los elementos esenciales de la relación de responsabilidad civil, sin importar su naturaleza contractual o extracontractual. En ese orden de ideas, respecto del daño ha dicho la H. Corte Suprema de Justicia:

“El daño, entendido en sentido icástico, o sea, la lesión, detrimento o menoscabo de un derecho, interés o, incluso, un valor tutelado por el ordenamiento jurídico, es el primer elemento o presupuesto de la responsabilidad civil. En tal virtud, el artículo 1494 del Código Civil, dentro de las fuentes de la relación obligatoria, entre otras enuncia, el “hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos” y, en consecuencia, la obligación de repararlo, parte de su existencia real u objetiva –presente o futura-, sin la cual, por elementales razones lógicas, el mencionado deber de prestación no surge.”<sup>11</sup>

Por lo tanto, se constituye como elemento determinante, a la vez que originario de la relación de responsabilidad, la existencia jurídica de un daño. Respecto de la prueba de este, ha de afirmarse que no basta solo con soportar su ocurrencia material, pues esto, *per se*, no evidencia su magnitud, ni la afectación objetiva, ora patrimonial, ora personal de la víctima, resultante del actuar dañino del presunto responsable, o del incumplimiento o cumplimiento imperfecto de un contrato.

“Establecida ex ante la realidad o certeza del daño, debe determinarse su causa e imputarse al sujeto, de donde, la relación, nexo o vínculo de causalidad, es el segundo elemento constante de la responsabilidad y consiste en precisar al autor del detrimento, mediante la imputación fáctica, física, material o causal del menoscabo a su conducta, sea por acción, sea por omisión.”<sup>12</sup>

En lo atinente a las probanzas objetivas del daño, la H. Corte Suprema de Justicia ha referido reiteradamente la necesidad de soportar la naturaleza, dimensión y especificidades de la lesión, para determinar de igual forma la especialidad de la indemnización, en su justa proporción:

9 *Cfr.* De la Responsabilidad Civil, Javier Tamayo Jaramillo, Primera edición, Ediciones Doctrina y Ley, Tomo I

10 Tomado de la obra Imputación y Causalidad en Materia de Responsabilidad por Daños. Serrano Escobar, Luis Guillermo. Primera Edición. Ediciones Doctrina y Ley.

11 Sentencia Corte Suprema de Justicia, Exp. 11001-3103-038-2001-01054-01 M.P William Namen Vargas, Ago. 24 de 2009

12 *Ibid.*

*"Por consiguiente, la medida de la reparación del perjuicio que se sabe debe ser integral, rectamente entendida, supone previa e indefectiblemente, la presencia acreditada de un daño, con todo lo que ello envuelve, de suerte que la invocación de la equidad, por importante que sea, es inútil para soslayar la evidencia y necesidad del referido menoscabo.*

*"Por tanto, la sola circunstancia de haberse comprobado el incumplimiento de las obligaciones por parte del Banco, no provocaba, forzosamente, un fallo condenatorio en su contra, pues era necesario que la sociedad demandante acreditara, de manera suficiente y puntual, que esa infracción lesionó su patrimonio, a fin de que se impusiera su restablecimiento. De otro modo, no se puede fundar una condena, habida cuenta que la responsabilidad civil no descansa en un solo presupuesto, sino en varios, como de antiguo se tiene establecido, entre ellos el daño, de innegable abolengo "(subraya el Despacho)13*

Visto entonces que se debe demostrar con tino suficiente la ocurrencia de un menoscabo, bien sea patrimonial o personal, así como su entidad y proporciones, esta Colegiatura encuentra que, dentro del *sub-litio*, no se soportó objetivamente el daño.

(...)

Cabe recordar entonces que, como prueba de lo ocurrido, el demandante alega que la diligencia de preinspección por parte de la SIA ADUANERA MUNDIAL LTDA. a la mercancía no presta ningún soporte como probanza del daño, toda vez que nunca se desvirtuó la presunción de buen estado de la carga recibida, prevista por los artículos 1027 y 1028 del C. Cio.; el desvirtuar esta presunción corría, nuevamente, a cargo del demandante, quien era el único llamado a probar que la mercancía no se recibió a satisfacción, en el estado que se esperaba, y menos aún, en las condiciones contractuales acordadas.

En conclusión, viendo que el demandado no cumplió con la carga de probar objetivamente los hechos que alega, como lo ordena el artículo 177 C.P.C., no existe prueba alguna del daño irrogado a la maquinaria, y por lo tanto ningún mérito presta analizar integralmente la relación de responsabilidad, por cuanto el daño es el elemento constitutivo de cualquier análisis de la naturaleza del presente. Luego, descartada la existencia de una responsabilidad del porteador para con el actor, huelga decir que las pretensiones del demandante no están llamadas a prosperar, y por ende hasta este punto se limitará el estudio del caso por parte de esta Corporación y será, por lo expresado, que el fallo de primera instancia será confirmado, y se condenará en costas de esta instancia al recurrente (Num. 1 del Art. 392 C.P.C.)". (...)

**FUENTE NORMATIVA: ARTÍCULOS 992, 1027, 1028, 1492 Y 1609 DEL C. DE CO.**

: ARTÍCULOS 1494 Y 2341 DEL C.C.

: ARTÍCULOS 177 y 392 DEL C.P.C.

: DECRETO 2532 DE 1994

: C.S.J. sent. 24 de agosto 2009 M.P. William Námen Vargas Ex. 01054 de 2001

: Sent. 27 de junio 2005 M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, Exp. 5210 1997

: De la Responsabilidad civil, Javier Tamayo Jaramillo, 1º ed. Ed. Edi

---

13 Sent. de veintisiete (27) de junio de dos mil cinco (2005), Sala de Casación Civil, M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, Exp. 0800 1310 3006 1997 5210 03

FECHA	: -ciones Doctrina y Ley, Tomo I
PROCESO	: Responsabilidad por daños, SERRANO Escobar, Luis Guillermo 1º ed.
PONENTE	: Ed. Ediciones Doctrina y Ley
DEMANDANTE	: 2012-11-08
DEMANDADO	: ORDINARIO (APELACIÓN SENTENCIA)
RADICACIÓN	: Dra. MARTHA PATRICIA GUZMÁN ÁLVAREZ
DECISIÓN	: MULTIDIMENSIONALES S.A.
	: EDUARDO L. GERLEIN S.A.
	: 11001-31-03-031-2003-00711-03
	: CONFIRMA SENTENCIA APELADA

## 1.2. 1

### Sala de Familia

**El problema jurídico** por resolver la Sala se centra en verificar si en el matrimonio celebrado entre una ciudadana colombiana y un ciudadano extranjero celebrado en el exterior se generó sociedad conyugal.

**"POR CONSIGUIENTE, TENIENDO EN CUENTA EL PRINCIPIO SEÑALADO DE LA APLICACIÓN DE LA LEY PERSONAL, ES NECESARIO HACER UNA DISTINCIÓN: SI ES UN MATRIMONIO ENTRE NACIONALES COLOMBIANOS O ENTRE UN NACIONAL COLOMBIANO Y UN EXTRANJERO, COMO REGLA GENERAL DEBE APLICARSE LA LEY CIVIL COLOMBIANA, ESPECÍFICAMENTE LAS NORMAS SOBRE LA SOCIEDAD CONYUGAL; POR EL CONTRARIO, SI ES UN MATRIMONIO ENTRE EXTRANJEROS, POR EXCEPCIÓN NO ES APPLICABLE LA LEY CIVIL COLOMBIANA Y SE PRESUME LEGALMENTE QUE RIGE LA SEPARACIÓN DE BIENES, LO CUAL PUEDEN DESVIRTUAR LOS CONTRAYENTES MEDIANTE LA APORTACIÓN DE LA PRUEBA SOBRE EL SOMETIMIENTO A OTRO RÉGIMEN, CONFORME A LAS LEYES DEL PAÍS DE LA CELEBRACIÓN DEL MISMO". (...)"**

#### a) La Demanda

El señor THORSTEN GEORG LAU, actuado a través de apoderado judicial, presentó demanda en contra de la señora YANDRA YAMILE RIAÑO CORREDOR, para que previos los trámites legales, se despachen favorablemente entre otras pretensiones:

*Decretar el divorcio del matrimonio civil que las partes celebraron en Alemania.*

*Declarar que el matrimonio no generó sociedad conyugal por haberse celebrado en ALEMANIA y por ser el marido de nacionalidad ALEMANA.*

*Ordenar la inscripción de la sentencia en los libros del estado civil.*

(...)

#### b) Los Hechos

Las anteriores pretensiones las fundamentó en los hechos que resume la Sala a continuación:

a. El demandante tiene una casa de campo en el municipio de Quebradanegra (Cundinamarca), propiedad a la que iba la señora YANDRA cada quince días y desde hace un año solo ha estado unas 4 veces.

b. La señora Yandra se exaspera con facilidad y trata al demandante de manera agresiva y soberbia. Sin dominar el idioma, habla alemán y como los empleados

*no lo entiende, “aprovecha la ocasión para maltratar verbalmente al señor Thorsten. Agresiones que siguen a la fecha”.*

**c.** *La señora YANDRA es imperativa, demasiado estricta y el demandante tiene que hacer la voluntad de aquélla y de no ser así, sigue discutiendo, lo mismo es con los niños, a quienes trata muy mal “con la misma presión psicológica que ha tratado al señor Throsten y lo que también está mal y molesta al señor Thorsten como padre es que cuando los niños se duchan tienen que terminar la ducha con agua helada, eso supuestamente es bueno para la salud. Pero los niños gritan y Björn hasta llora”.*

**d.** *El señor THORSTEN ha enviado a la señora Yandra varias solicitudes para que autorice a los niños a compartir con él en vacaciones en el mes de agosto y ninguna de esas peticiones ha sido respondida; que la citada señora ha recibido orientación del Colegio Andino para que facilite la comunicación del niño con su padre, pero ha hecho todo lo contrario, “es decir, negarse a que comparta por lo menos la mitad del tiempo con el papá”.*

**e.** *“En la semana santa de 2010, el Señor Thorsten organizó varios almuerzos para sus amigos en la finca y el día que no lo hizo la Señora Yandra explotó delante de ellos y en ese momento se rebosó la copa y el señor THORSTEN con justísima razón, tomó la decisión de cambiar de residencia” y antes de darse la separación de hecho, la señora YANDRA se separó de lecho.*

(...)

*Vinculada la parte pasiva, dio respuesta al libelo a través de apoderado judicial mediante escrito visible a folios 53 al 59 del C-1, manifestando no oponerse a que se decrete el divorcio, pues en el proceso que se encuentra radicado bajo el No. 2010-... dijo oponerse a la pretensión que se dirige a que se declare que no existió sociedad de bienes entre los cónyuges, “por ir en contravía de lo dispuesto en el inciso 2º del artículo 180 del Código Civil Colombiano”; en cuanto a la condena en costas, dijo que ésta dependía del resultado del proceso y como el fallo debe ser adverso al demandante, es a éste a quien debe imponérsele tal condena.*

(...)

*Enmarcado de esta manera el litigio, culminó la instancia mediante sentencia de fecha veintiséis (26) de abril de dos mil doce (2012), proferida con apoyo en lo previsto en el artículo 28 de la ley 446 de 1998, ante el acuerdo al que llegaron los extremos del proceso; en la misma se decretó el divorcio del matrimonio civil celebrado entre THORSTEN GEORG LAU y YANDRA YAMILE RIAÑO CORREDOR; declaró disuelta la sociedad conyugal y en estado de liquidación; motivó tal determinación en que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 180 del Código Civil por el hecho del matrimonio celebrado por las partes se contrae sociedad de bienes entre cónyuges. Que si bien es cierto, el matrimonio de las partes de este asunto se llevó a cabo en la República Federal Alemana, también lo es, que como regla general debe aplicarse la ley civil colombiana y específicamente las normas sobre sociedad conyugal. Que teniendo en cuenta el precedente jurisprudencial (sentencia C-395 de 2002), debe concluirse que entre los cónyuges se conformó una sociedad conyugal de bienes con ocasión del matrimonio.*

*Inconforme con la anterior determinación, el señor apoderado de la parte demandante interpuso el recurso de apelación, argumentando la censura, en concreto, que al no ser el demandante residente en Colombia, no es aplicable la norma general contenida en el artículo 180 del C.C. Que el señor demandante es solo residente en Colombia desde el mes de agosto de 2007 y el artículo 180 se aplica a colombianos y no a los extranjeros porque la ley colombiana no se puede*

aplicar a extranjeros residentes en el exterior; que por esa razón, solicita la revocatoria de los numerales 2 y 3 de la parte resolutiva de la sentencia de primer grado.

(...)

### c) Consideraciones

Conforme se advierte de los hechos descritos en los antecedentes, se tiene que el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante va encaminado a que se revoque el fallo en los numerales 2º y 3º de la parte resolutiva de la sentencia y en su lugar, se declare que entre los excónyuges no se formó sociedad de bienes por cuanto el matrimonio de las partes fue celebrado en Alemania, entre un ciudadano Alemán y una Colombiana.

De acuerdo con los precedentes jurisprudenciales citados y el comentario hecho por la doctrina, debe necesariamente concluirse que el matrimonio celebrado en el exterior entre un nacional y un extranjero, surge sociedad conyugal, a menos que las partes hayan pactado a través de las capitulaciones matrimoniales, un régimen de separación de bienes.

Aplicados los anteriores derroteros al caso puesto en conocimiento de la Sala, se tiene que los señores THROSTEN GEORG LAU y YANDRA YAMILE RIAÑO CORREDOR, contrajeron matrimonio civil en la República Federal de Alemania, el día veinticuatro (24) de julio de mil novecientos noventa y seis (1996); por consiguiente, al ser la aquí demandada Colombiana, puede afirmarse, sin temor a equívocos, que por el hecho del matrimonio, entre los consortes, surgió una sociedad conyugal, de allí que la decisión materia de alzada, deba ser confirmada.

Ahora, aunque respetable y autorizado es el argumento en el que la parte actora enfiló la alzada y especialmente, el concepto que trajo del exmagistrado de la Honorable Corte Constitucional, para la Sala, el pronunciamiento hecho por esa Corporación en la sentencia C-395 de 2002 ya comentado, el que dicho sea de paso por tratarse de una sentencia que resolvió sobre la exequibilidad de una norma es de obligatorio acatamiento, no da lugar a una interpretación diferente a la que esta Colegiatura llegó, pues aún en riesgo de incurrir en repeticiones, se transcribe de nuevo la parte considerativa del aludido fallo en el que expone que el matrimonio celebrado en el exterior entre un nacional y un extranjero, surge sociedad conyugal; la parte pertinente de dicha sentencia dice: “**Por consiguiente, teniendo en cuenta el principio señalado de la aplicación de la ley personal, es necesario hacer una distinción: si es un matrimonio entre nacionales colombianos o entre un nacional colombiano y un extranjero, como regla general debe aplicarse la ley civil colombiana, específicamente las normas sobre la sociedad conyugal”.**

(...)

FUENTE NORMATIVA : ARTÍCULO180 inciso 2º del C.C.

- : ARTÍCULO 309 del C.P.C.
- : ARTÍCULO 48 Ley 270 de 1996
- : Sentencia C-395 del 22 de mayo de 2002 Corte Constitucional
- : Sent. Den29 de julio de 2011 M.P. Edgardo Villamil Portilla Exp. – 25286-3184-001-2007-00150-01 Corte Suprema de Justicia.
- : PEDRO Lafont Pianetta, Derecho de Familia T. I Librería Ediciones del Profesional Ltda. Ed. ABC, 1º ed., 2010, pg. 491

FECHA

: 2012-07-24

PROCESO

: DIVORCIO (APELACIÓN SENTENCIA)

<b>PONENTE</b>	: Dra. GLORIA ISABEL ESPINEL FAJARDO
<b>DEMANDANTE</b>	: THORSTEN GEORG LAU
<b>DEMANDADO</b>	: YANDRA YAMILE RIAÑO CORREDOR
<b>RADICACIÓN</b>	: 5840
<b>DECISIÓN</b>	: CONFIRMA LA SENTENCIA APELADA

### 1.3.1. Sala Laboral

**Problema jurídico por resolver:** el eje medular de la controversia estriba en la temática relacionada con el salario máximo asegurable a junio de 1992 para efectos de obtener el valor del BONO PENSIONAL TIPO A, MODALIDAD 2,

“ASÍ EL DEMANDANTE FUNDADO EN LAS NORMAS QUE REGULAN LA EXPEDICIÓN DE LOS BONOS PENSIONALES Y LA FORMA DE ESTABLECER SU CUANTÍA, SE TRASLADÓ AL RAIS Y CUANDO SE EXPIDIÓ SU BONO SE TUVO EN CUENTA EL SALARIO REPORTADO POR LA EMPRESA ESTO ES, EL CORRESPONDIENTE A LA CATEGORÍA MÁXIMA ASEGUARABLE CUANDO EN PURIDAD DE VERDAD CORRESPONDÍA EL DEVENGADO DE \$1.811.000 Y TENIENDO EN CUENTA LOS 20 SALARIOS MÍNIMOS, MÁXIMO DE REFERENCIA PARA LIQUIDAR LOS BONOS PENSIONALES DE CONFORMIDAD CON LO ESTABLECIDO EN LOS ARTÍCULOS 27, 28 Y 29 DEL DECRETO 1748 DE 1995 A QUE YA SE HA HECHO ALUSIÓN EL REFERIDO BONO HA DEBIDO LIQUIDARSE CON \$1.303.800.

DE MANERA QUE ESTIMA LA SALA SE IMPONE LA REVOCATORIA DE LA ABSOLUCIÓN IMPARTIDA EN LA PRIMERA INSTANCIA Y, EN SU LUGAR, SE CONDENARÁ A LA DEMANDADA ICOLLANTAS S.A. A PAGAR EL VALOR DE \$183.937.721 A TÍTULO DE BONO COMPLEMENTARIO, QUE ACTUALIZADO Y CAPITALIZADO AL 31 DE ENERO DE 2012, ARROJA UN VALOR TOTAL DE \$509.755.000 (FLS. 244 A 260); LAS ANTERIORES OPERACIONES ARITMÉTICAS FUERON CALCULADAS DIRECTAMENTE POR LA OFICINA DE BONOS PENSIONALES A CARGO DE LA NACIÓN MINISTERIO DE HACIENDA Y DESDE LUEGO POR SOLICITUD DEL JUZGADO DEL CONOCIMIENTO. SI BIEN ES CIERTO EL APODERADO JUDICIAL DE LA DEMANDADA, MANIFIESTA SU DESCONOCIMIENTO FRENTE A TAL DOCUMENTO, FUNDADO EN QUE LA OFICINA EMISORA DEL MISMO FORMA PARTE DE UNA DE LAS ACCIONADAS EN EL PROCESO NO ES DE RECIBO EN TANTO POR MINISTERIO DE LA LEY LA OFICINA DE BONOS PENSIONALES DEL MINISTERIO DE HACIENDA ES LA QUE DEBE EMITIR LOS BONOS TIPO A MODALIDAD 2, Y COMO EN ESTE CASO SUCEDA EL BONO COMPLEMENTARIO QUE EQUIVALE A LA SUMA ANTES INDICADA QUE DEBERÁ SER DEPOSITADA EN LA CUENTA DE AHORRO INDIVIDUAL DEL DEMANDANTE EN PORVENIR S.A., NO COMO EXCEDENTE DE LIBRE DISPONIBILIDAD, SINO PARA EFECTOS DE RELIQUIDACIÓN DE LA PENSIÓN RECONOCIDA AL DEMANDANTE”.(...)

**a) Demanda:**

EL señor CARLOS EDUARDO URREGO OLARTE, por intermedio de apoderado judicial interpuso demanda ordinaria laboral en contra de la sociedad ICOLLANTAS S.A. Y LA NACIÓN MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PUBLICO, OFICINA DE BONOS PENSIONALES a efectos de que se condene al reconocimiento y pago de la diferencia generada en la liquidación del bono pensional, por omisión en el reporte del salario devengado por el demandante. Que en consecuencia la suma a pagar es de \$183.937.721 actualizados y capitalizados, acorde con las normas vigentes en materia de bonos pensionales Tipo A, Modalidad 2, desde el 01 de enero del año 2000 hasta la fecha efectiva del pago, y las costas del proceso.

## **b) Hechos**

EL señor CARLOS EDUARDO URREGO OLARTE, por intermedio de apoderado judicial interpuso demanda ordinaria laboral en contra de la sociedad ICOLLANTAS S.A. Y LA NACIÓN MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, OFICINA DE BONOS PENSIONALES a efectos de que se condene al reconocimiento y pago de la diferencia generada en la liquidación del bono pensional, por omisión en el reporte del salario devengado por el demandante. Que en consecuencia la suma a pagar es de \$183.937.721 actualizados y capitalizados, acorde con las normas vigentes en materia de bonos pensionales Tipo A, Modalidad 2, desde el 01 de enero del año 2000 hasta la fecha efectiva del pago, y las costas del proceso.

### **De La Sentencia De Primera Instancia**

El juzgado de conocimiento resolvió ABSOLVER a las demandadas de todas y cada una de las pretensiones de la demanda y condenó en costas a la parte demandante (folios 482 A 483).

### **Del recurso**

Inconforme con la decisión adoptada en la sentencia, la actora del juicio interpuso el recurso de apelación señalando que el salario que debió tomarse a 30 de junio de 1992 para liquidar el bono pensional del señor Urrego era de \$1.303.800 y no el valor de \$665.070 como equivocadamente se liquidó, repercutiendo desfavorablemente en la situación de aquél.

### **c) Consideraciones:**

El eje medular de la controversia estriba en la temática relacionada con el salario máximo asegurable a junio de 1992 para efectos de obtener el valor del BONO PENSIONAL TIPO A, MODALIDAD 2, al respecto el Juzgado del Conocimiento se refiere al artículo 117 de la Ley 100 de 1993 que en su literal A consagra que para determinar el valor de los bonos se establecerá una pensión de vejez de referencia para cada afiliado, calculando el salario que el afiliado tendría a los 60 años si se es mujer o 62 años si se es hombre, como el resultado de multiplicar la base de cotización del afiliado a 30 de junio de 1992, o en su defecto el último salario devengado a dicha fecha si para la misma se encontrare cesante, actualizando a la fecha de su ingreso al sistema según la variación porcentual del índice de precios al consumidor del DANE.

Señaló además el operador judicial de instancia que aun cuando el afiliado, en este caso el señor Urrego, devengara como SALARIO INTEGRAL una suma superior a la que la regulación legal vigente para tal época establecía como salario máximo asegurable, le era imposible al empleador reportar un mayor valor toda vez que el Seguro tampoco podía recibirla-sic-. Trajo a colación la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de radicación 36340 de 2010 la que estimó aplicable, concluyendo que no hay lugar a ordenar el pago de diferencia alguna en la liquidación del Bono pensional del actor.

Para el recurrente demandante es claro que hubo una omisión en el reporte del salario por parte de ICOLLANTAS más no omisión en el pago. Que el salario devengado a 30 de junio de 1992 era de \$1.811.000. Que en el art. 5º del Decreto

1295 de 1994 se estableció que el salario base para liquidar el bono pensional era el devengado por el afiliado a 30 de junio de 1992, por lo que resulta claro que el salario que debió tomarse para liquidar el bono pensional era de \$1.303.800 y no el valor de \$665.070 como equivocadamente se liquidó.

En el plenario son hechos no controvertidos que el demandante laboró para la ICOLLANTAS S.A. desde el 28 de noviembre de 1973 hasta el 10 de junio de 2000, data de finalización del contrato de trabajo, así fluye de la conciliación celebrada entre éstas y legible a folios 210 a 212; que el trabajador estuvo afiliado al Seguro Social desde su ingreso a la compañía y hasta el 4 de noviembre de 1999, data de su traslado al RAIS (folio 209). La fecha de selección del régimen es la del 1º de enero de 2000, así se especifica en la Historia Laboral para Bono pensional y, el salario que aparece reportado al Seguro Social es el de \$665.070 (fls 28 a 32).

Según certificación de ICOLLANTAS S.A. dirigida al ISS se reporta que el Trabajador devengaba \$1.811.000 y que para junio de 1992 en el sistema ALA solo era factible hacer aportes salariales hasta por seis dígitos. LO ANTERIOR DE CONFORMIDAD CON LO SEÑALADO EN EL PARÁGRAFO 1º DEL Art. 86 del Decreto 3063 de 1989 (folio 22). Al folio 24 es legible el documento suscrito por el representante Legal de la demandada contentivo de una “CONSTANCIA DEL EMPLEADOR DE SALARIO DEVENGADO Y REPORTADO AL ISS (Art. 8º del Decreto 1474 de mayo 30 de 1997) en la que se señala: “.... La empresa calculó lo devengado y reportado al ISS por el demandante a 30 de junio de 1992 por un valor de \$1.811.000 y \$665.070 (IBL) respectivamente.(...)

Ahora bien, el Decreto 2610 de 1989, mediante el cual se aprueba el Acuerdo 048 de octubre 19 de 1989 emanado del Consejo Nacional de Seguros Obligatorios, aprueba la modificación y ampliación de la Tabla de Categorías y aportes del Instituto de Seguros Sociales y fijó la suma de \$22.169.00 diarios como salario máximo asegurable, y modificó el salario de base diario y mensual de la categoría 32 y la adicionó en la forma como allí se relaciona, correspondiéndole a la categoría 51 un salario mensual de \$665.070. En el artículo 4º se consagró que el valor del salario mensual de base asegurable será el equivalente a 21 veces el salario mínimo legal mensual decretado por el Gobierno en cada año o período.

El artículo 5º del Decreto 1299 de 1994, declarado inexequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C-734 del 14 de julio de 2005, precisó: “Salario base de liquidación para la pensión de vejez de referencia: Para los efectos de que trata el literal a) del artículo anterior se entiende por salario base de liquidación para calcular la pensión de vejez de referencia del afiliado:

“a) Tratándose de personas que estaban cotizando o que hubieran cotizado al ISS o alguna Caja o fondo de previsión del sector público o privado, EL SALARIO O EL INGRESO BASE DE LIQUIDACIÓN SERÁ EL SALARIO DEVENGADO CON BASE EN NORMAS VIGENTES AL 30 DE JUNIO DE 1992 REPORTADO A LA RESPECTIVA ENTIDAD EN LA MISMA FECHA O EL ÚLTIMO SALARIO O INGRESO REPORTADO ANTES DE DICHA FECHA SI PARA LA MISMA NO SE ENCONTRABA COTIZANDO....”

Pues bien tal es la normativa vigente para la data del traslado del demandante y la circunstancia de que, con posterioridad, esto es, es en el año 2005 el literal a) en comento fuera declarado inexequible, claro es que las sentencias de constitucionalidad rigen hacia el futuro por regla general, de forma que solo tienen efecto retroactivos cuando la Corte expresamente le confiere a su sentencia alcances hacia el pasado, lo cual ha sucedido de manera excepcional cuando en casos concretos se demuestra que están en juego valores constitucionales más

importantes que la propia seguridad jurídica, así lo ha expresado la misma Corte en sentencias tales como las C-034 de 1994, C-387 de 1997; C870 de 1997 entre otras.

En el informativo claro es que el salario devengado por el accionante era superior a la categoría máxima asegurable en el seguro social que era la 52 esto es \$ 665.070, sin embargo la demandada ICOLLANTAS S.A., no reportó el salario devengado superior a tal tope, como que devengaba un salario integral de \$1.811.000, así se admite en la réplica y reposan constancias en tal sentido, se tiene igualmente que el valor del salario mensual de base máximo asegurable será el equivalente a 21 veces el salario mínimo legal mensual decretado por el Gobierno Nacional en cada año, así se establece en el artículo 4º del Decreto 2610 de 1989, cuyo equivalente será entonces de \$1.368.990 y de 20 salarios mínimos de la época acorde con lo previsto en el artículo 29 del Decreto 1748 de 1995, esto es, \$1.303.800.

(...)

Lo Así el demandante fundado en las normas que regulan la expedición de los bonos pensionales y la forma de establecer su cuantía, se trasladó al RAIS y cuando se expidió su bono se tuvo en cuenta el salario reportado por la empresa esto es, el correspondiente a la categoría máxima asegurable cuando en puridad de verdad correspondía el devengado de \$1.811.000 y teniendo en cuenta los 20 salarios mínimos, máximo de referencia para liquidar los bonos pensionales de conformidad con lo establecido en los artículos 27, 28 y 29 del Decreto 1748 de 1995 a que ya se ha hecho alusión el referido bono ha debido liquidarse con \$1.303.800.

De manera que estima la Sala que se impone la revocatoria de la absolución impartida en la primera instancia y, en su lugar, se CONDENARÁ a la demandada ICOLLANTAS S.A. A PAGAR EL VALOR DE \$183.937.721 A TÍTULO DE BONO COMPLEMENTARIO, QUE ACTUALIZADO Y CAPITALIZADO AL 31 DE ENERO DE 2012, ARROJA UN VALOR TOTAL DE \$509.755.000 (Fls. 244 a 260); las anteriores operaciones aritméticas fueron calculadas directamente por la Oficina de Bonos Pensionales a cargo de la Nación Ministerio de Hacienda y desde luego por solicitud del Juzgado del Conocimiento. Si bien es cierto el apoderado judicial de la demandada, manifiesta su desconocimiento frente a tal documento, fundado en que la oficina emisora del mismo forma parte de una de las accionadas en el proceso no es de recibo en tanto por Ministerio de la Ley la oficina de Bonos pensionales del Ministerio de hacienda es la que debe emitir los bonos tipo A modalidad 2, y como en este caso sucede el Bono Complementario que equivale a la suma antes indicada que deberá ser depositada en la cuenta de ahorro individual del demandante en PORVENIR S.A., no como excedente de libre disponibilidad, sino para efectos de reliquidación de la pensión reconocida al demandante".(...)

**FUENTE NORMATIVA : ARTÍCULO 117 Ley 100 de 1993**

- : ARTÍCULOS 3º Y 5º Decreto 1299 de 1994
- : ARTÍCULO 8º Decreto 1474 de 1997
- : ARTÍCULOS 72 Y 76 Decreto 3065 de 1989
- : Decreto 2610 de 1989 Acuerdo 048 de octubre de 1989
- : ARTÍCULOS 27, 28 Y 29 Decreto 1748 de 1995
- : Sentencia C-754

**FECHA**

: 2013-03-06

**PROCESO**

: ORDINARIO LABORAL (APELACIÓN SENTENCIA)

**PONENTE**

: Dra. SONIA MARTÍNEZ DE FORERO

**DEMANDANTE**

: CARLOS EDUARDO URREGO OLARTE

**DEMANDADO**

: ICOLLANTAS S.A. Y MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO

**RADICACIÓN**

: 110131 2011 00462 01

**DECISIÓN**

: REVOCA LA SENTENCIA APELADA Y CONDENA

## Sala Penal

### 1.4.1

#### 1. PROVIDENCIAS DE ESTA CORPORACIÓN

**1.1. M. P. RIAÑO RIAÑO RAMIRO Rad. 11001220400020122704 00 (17-11-12)**  
**NULIDAD POR CAMBIO DE JUEZ - Se requiere demostrar que la sustitución del funcionario implica violación al debido proceso en aspectos sustanciales**  
**- Funcionario judicial debe realizar un juicio de ponderación frente a otros valores y principios de igual o superior rango constitucional - La celeridad y eficiencia de la administración de justicia no pueden terminar siendo garantías fundamentales de mayor peso constitucional que la del debido proceso. CON SALVAMENTO DE VOTO DEL DR. LUIS FERNANDO RAMIREZ CONTRERAS.**

**"5.2.2. El Constituyente derivado mediante el Acto Legislativo No. 03 de 2002, que modificó el artículo 250 de la Constitución Política, consagró el nuevo sistema penal –constitucional-, donde sin vacilación debe regir la norma sustancial que consagra derechos inalienables a los intervenientes y que sopesados frente a los innegables problemas del surgimiento, crecimiento y consagración del sistema, no pueden ser objeto de renuncia o relativización so pretexto de adaptar el engranaje exigido a la implementación de la nueva normatividad penal o a la fuerza de las rutinas existentes en la práctica judicial, cuando esa flexibilización implique mengua de garantías fundamentales, que amparan al enjuiciado y que redundan el quebrantamiento del derecho de defensa.**

**Ante ese imperativo, se hace un riguroso llamado de atención a los funcionarios de instancia, para que no sigan programando y desarrollando audiencias a la vieja usanza, como si el nuevo código no hubiese modificado esos paradigmas, imponiendo reglas precisas sobre inmediación y concentración probatoria.**

(...) 5.2.5. Sobre este tópico debe ser clara la Sala de entrada, señalando que hay garantías constitucionales que no se encuentran al arbitrio de los abogados o partes intervenientes en el proceso penal o de los funcionarios judiciales y por tanto, no pueden ser objeto de negociación o convalidación por los intervenientes o de renuncia por el titular de ellas, aun con la aquiescencia expresa e informada del procesado, debidamente asistido por su defensor, como ocurre *verbi gratia* con la dignidad humana, el derecho a la libertad, imparcialidad, legalidad, presunción de inocencia e *in dubio pro reo*, derecho de defensa, publicidad, juez natural, cosa juzgada, legalidad de la prueba, de contradicción cuando se ha optado por el juicio público o principios como la necesidad de la prueba para adoptar una determinación de fondo, entre otros; ello precisamente porque conforman el núcleo esencial del debido proceso y sobre ese aspecto no pude haber transacción o flexibilización de ninguna naturaleza, en cuanto su menoscabo, redundaría automáticamente en la disminución del derecho de defensa.

Pero a su vez hay otros principios que igualmente están definidos en el Código de Procedimiento Penal, como normas rectoras y que tienen también fuerza vinculante, como instrumentos integrantes del debido proceso y criterios de interpretación cuyo resquebrajamiento o mengua frente a tensiones con otros principios igualmente de raigambre constitucional, no necesariamente conducen a concluir automáticamente que con ellos se desconoce el derecho de defensa y por lo tanto, que ineludiblemente debe decretarse la nulidad, ante su flexibilización.

Será el juicio de ponderación que haga el funcionario, frente a principios en tensión el que finalmente concluya, si hay menoscabo o no de las garantías fundamentales integrantes del debido proceso, con efectos directos en desmedro del derecho de defensa y la síntesis que de allí surja, lo que le permita finalmente al funcionario definir si hay lugar o no a la invalidación de parte de la actuación, porque su convalidación en el proceso menoscaba su núcleo esencial y ello NO lo podrá hacer, si ni siquiera previamente como acontece en el este proceso, revisa los audios de lo ya actuado para determinar si puede o no aprehender lo ya sucedido y si su decisión final al enunciar el sentido de fallo menoscaba esos fundamentos y de ser ello así, determinar concretamente, en qué consiste la violación a ese derecho de defensa.

(...)

Por consiguiente, la celeridad y eficiencia de la administración de justicia no pueden terminar siendo garantías fundamentales de mayor peso constitucional que la del debido proceso y dentro de éste, el de acatar irrestrictamente los principios de inmediación y concentración de la prueba practicada en juicio, tensión ante la que se impondrán los últimos, siempre que su flexibilización implique quebranto del derecho de defensa, de lo contrario, la actuación será válida, en cuanto que por encima de ellos, hay una máxima de derecho, que nos enseña que “*nadie está obligado a lo imposible*”.

Por lo tanto, consagrar legalmente que el cambio de funcionario en la etapa del juicio implica *per se* la invalidación de lo actuado como lo interpretó el *a quo* sin ningún otro juicio de valor de cara al derecho de defensa, es sencillamente consagrar legalmente lo imposible e interpretar esa garantía como el único imperativo procesal, sin ponderación frente a otros valores y fundamentos de igual o superior rango constitucional. Ello precisamente porque los seres humanos se enferman y mueren en cualquier momento, para plantear solo dos situaciones de las más comunes, sin referirnos a muchas otras que pueden ocurrir y que ya las ha ido utilizando la jurisprudencia para flexibilizar estos dos principios, ante esas circunstancias que son propias de la naturaleza humana y que no pueden ser desconocidas por una norma penal o su operador, para consagrarse o interpretarse lo inviable, como una categoría absoluta del derecho procesal penal, sin otra finalidad que no sea, la garantía del debido proceso y dentro él, su núcleo esencial: el derecho de defensa.

**5.2.6.** Ahora, la Sala Penal de la Honorable Corte Suprema de Justicia por vía de jurisprudencia ha determinado el alcance de esa preceptiva y ha definido que en casos excepcionales es permitido que un juez diferente al que presenció el debate oral, emita la sentencia, siempre que se presente algunas de las razones que ha considerado nuestro máximo Tribunal como justificantes para que esos principios de concentración e inmediación probatoria sean morigerados, en tanto deben ser balanceados con otros de igual raigambre constitucional como el acceso a la justicia y los derechos de las víctimas o los de los menores o personas con debilidad manifiesta (*interpretación pro infans*), que resultan prevalentes por expresa disposición constitucional y mayor ponderación judicial, incluso por encima de los que se vienen cuestionado.

(...)

**5.2.8.** Por lo tanto, el haberse variado la persona del juez en el transcurso del juicio oral y no haberse demostrado en concreto en que se menoscaba el derecho fundamental de defensa del acusado o como se quebranta el debido proceso en aspectos sustanciales, pero particularmente, si ello incide de manera determinante: “**en la apreciación de las pruebas practicadas**”, carece de todo fundamento declaratoria de nulidad decretada por el simple cambio de funcionario y en abierta contradicción con lo que ha sentenciado nuestro máximo Tribunal Constitucional y la Sala Penal de la Honorable Corte Suprema de Justicia ha decantado al respecto, cuando se está dentro de las excepciones estipuladas

por aquellos, válida resulta la actuación allí cumplida, máxime cuando la prueba que falta es la de la defensa y la ya practicada y apreciada en los videos, permitirá valorar lo que ha acontecido en esa audiencia y la aprehensión de su contenido para la emisión del sentido del fallo.

Si esos principios de concentración e inmediación fueran absolutos, no se permitiría en nuestro procedimiento la segunda instancia por vía de los recursos ordinarios o la Honorable Corte Suprema de Justicia por vía de los recursos extraordinarios, dictar sentencia de reemplazo, sin la garantía de la inmediación y concentración y su revisión sería únicamente de legalidad y/o constitucionalidad, para invalidar lo mal hecho y ordenar que se repitieran los juicios irregulares, pero nunca cambiar el sentido del fallo, con la simple apreciación en los videos de lo que ocurrió en el contradictorio.

**5.2.9.** Una ponderación racional de los principios de concentración e inmediación, frente a los de acceso a la justicia, dignidad humana, debido proceso, derecho de defensa, imparcialidad, legalidad, derecho de las víctimas, contradicción y publicidad, entre otros, que son los cimientos del proceso penal, necesariamente conduce a concluir que todas ellas son normas de optimización, lo cual implica que ellas no determinan lo que debe hacerse, sino que ordenan:

*“algo sea realizado en la mayor medida posible dentro de las posibilidades (sic) jurídicas y reales existentes”*<sup>14</sup>.

*“Las posibilidades jurídicas están determinadas por los principios y reglas opuestas y las posibilidades reales se derivan de enunciados fácticos. Para establecer esa “mayor medida posible” en que debe realizarse un principio es necesario confrontarlo con los principios opuestos o con los principios que respaldan a las reglas opuestas o con los principios que respaldan a las reglas opuestas”*<sup>15</sup>.

De donde se concluye que el cambio de juez por si solo en absoluto menoscabó los principios de inmediación y concentración, hasta el punto de socavar su núcleo esencial (el derecho a la defensa) que sería la única posibilidad de generar la nulidad, por su ocurrencia, pero ante la imposibilidad de apreciar los resultados de las pruebas practicadas o ante la afectación de la memoria de lo acontecido, aspectos sobre los que nada dijo la instancia en su providencia que invalida.

(...)

**5.2.11.** Es la misma jurisprudencia como acertadamente lo indicó el fiscal la que ha reconocido que el proceso penal no puede estar sujeto a la observancia de las ritualidades que lo caracterizan, pues de esa rigidez podría derivarse la afectación infranqueable y absurda de valores superiores, como los derechos de los menores, los cuales prevalecen sobre los de los demás en virtud del interés superior contenido en el artículo 44 de la Constitucional Nacional, apotegma desarrollado en los artículos el 6º, 8º, 9º, 18º y 20 de la Ley 1098 de 2006 y que ampliamente ha sido consolidado a nivel internacional; obviamente, cuando su reconocimiento como prevalente no implique la mengua del derecho de defensa, que en criterio de ésta Sala hace parte del núcleo esencial del debido proceso.

De dicha normativa dimana el deber de dirimir el caso particular con plena observancia del principio *pro infans* que busca que ante el conflicto de dos derechos o prerrogativas contrapuestas, la solución sea la que otorgue mayores garantías a los menores, es decir, la que refleje la prioridad del interés del menor, aspecto que debe interpretarse en armonía con el artículo 193 numeral 7º de la

---

14 Cfr. R. Alexy Teoría de los derechos fundamentales, Ernesto Garzón Valdés (trad.), Madrid Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, pp 86 y 87.

15 Cfr. Carlos Bernal Pulido. El Derecho de los derechos. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, febrero de 2008. pág. 97 y 98.

Ley 1098 de 2006 que establece que en los procesos donde las víctimas sean niños, niñas o adolescentes las autoridades judiciales no le deben generar daños adicionales, como la revictimización a que serían sometidas las presuntas víctimas que tan solo cuentan con escasa edad, de ser llamados nuevamente a relatar lo sucedido<sup>16</sup>; salvo que ello implique se insiste, desconocimiento evidenciable del derecho de defensa; y que aun así, si se revictimiza al infante es preferible que prime su derecho sobre el acceso a la justicia que debe ceder ante dicha conflicto.

Es tal la afectación que se causan hechos tan repudiables como los presuntamente cometidos por el acusado, que someterlos nuevamente a ese dolor que tanto traumatismo les genera, incluso puede conducir a que decidan no volver a enfrentar esa situación repitiendo su testimonio, se reitera, ante las mortificaciones que seguramente tales episodios les producen, lo cual no puede permitirse, especialmente, cuando no se demostró de qué manera se afecta ese derecho de defensa si no se repiten las pruebas ya practicadas y no se avizora que esa impresión personal con que debe emitirse la sentencia, se reduzca al acudir a las grabaciones de audio, fundamentalmente, cuando faltan por practicar todas las prueba de las defensa, que en ultimas, serán las que permitirán adoptar la decisión en uno u otro sentido, garantizándose así la incolumidad del mismo.

(...)

**5.2.12.** Entonces como no se irrespetaron las garantías fundamentales del acusado, ni se transgredieron principios rectores del proceso penal, como los de concentración e inmediación y el aplazamiento de la continuidad del juicio se debió principalmente a la solicitud de la defensa, pero además hay menores que se revictimizarán de citarlos nuevamente al estrado, la Colegiatura REVOCARÁ la decisión que se revisa, por NO encontrarla ajustada a derecho, pero particularmente al juicio de ponderación entre principios enfrentados y al test de proporcionalidad, que debe efectuar el funcionario para dirimir cuál de ellos prevalece, en tanto, privilegiar el opuesto, quebranta al derecho de defensa y en que aspectos, situación que no se realizó en concreto la providencia que se revisa, ni en la derrotada.”

Relatoría/consulta/2013/Providencias incluidas en los boletines

**1.2. M. P. RIAÑO RIAÑO RAMIRO Rad. 110016000102 2012 00214 01  
PROVIDENCIA QUE ANULÓ SENTENCIA DICTADA EN VIRTUD DE  
PREACUERDO SUSCRITO CON HÉCTOR JULIO GÓMEZ GONZÁLEZ EN EL  
DENOMINADO CASO DEL “CARRUSEL DE LA CONTRATACIÓN” (19-11-12)  
NULIDAD – Por falta de motivación de la sentencia respecto a los  
fundamentos jurídicos que la integran / SENTENCIA ANTICIPADA – No  
exonera al juzgador de una adecuada y completa argumentación /  
PREACUERDO - Deber del juzgador de controlar legalidad de los delitos y  
las penas y la tipicidad de los delitos. CON SALVAMENTO DE VOTO DEL DR.  
LUIS FERNANDO RAMIREZ CONTRERAS.**

“Ahora, de acuerdo con la línea jurisprudencial, se suscita la nulidad de lo actuado cuando los argumentos utilizados en la decisión judicial que se cuestiona devienen en imposibles de aprehender, bien sea por *(i)* ausencia absoluta de motivación, que se presenta cuando no obran en ésta los fundamentos fácticos o **jurídicos que la integran**; *(ii)* motivación incompleta, que ocurre cuando el funcionario deja de analizar, o aborda en forma precaria, cualquiera de estos dos aspectos; y *(iii)* motivación ambivalente, es decir, cuando los fundamentos son abiertamente ilógicos o contradictorios.

---

16 Sentencia T-1227 del 5 de diciembre de 2008, Magistrado Ponente Doctor Mauricio González Cuervo. Pagina 415.

Conllevando a desdibujar la función de la motivación de las providencias que no es otra, como garantía fundamental del debido proceso, sino la de materializar un efectivo control en el ejercicio de la actividad judicial y facilitar el adecuado derecho de defensa.

Al respecto la H. Corte Suprema de Justicia ha decantado:

*“En efecto, con fundamentar desde los puntos de vista fáctico y jurídico las decisiones judiciales, el funcionario, a partir de la lógica de lo razonable, no sólo intenta convencer tanto a los sujetos procesales como a la comunidad en general de que la providencia por él proferida fue materialmente correcta o conforme a derecho (y que, por lo tanto, no hubo arbitrariedad), sino que además deja abierta la posibilidad para que, en el interior del proceso, la justificación empleada en la providencia, en tanto contenga argumentos susceptibles de ser verificados o refutados para el ejercicio del derecho de contradicción, sea objeto de los recursos de ley y, dado el caso, conocida en sede de segunda instancia, así como del extraordinario recurso de casación.*

(...)

*“[...] el deber de motivar las providencias tiene como razón fundamental la de posibilitar el control de la actividad jurisdiccional, tanto por otros Tribunales distintos mediante los recursos como por las partes y el resto de la sociedad. Si el Tribunal explica las razones de su decisión, es posible controlar si efectivamente la actividad judicial se ha movido dentro de los parámetros de la lógica-racional y la legalidad o si, por el contrario, dicha decisión es consecuencia de una pura arbitrariedad”*<sup>17</sup>.

(...)

*“La motivación es, pues, una justificación racional elaborada ex post respecto de la decisión, cuyo objetivo es, en todo caso, permitir el control sobre la racionalidad de la propia decisión”*<sup>18</sup>.

*“En este orden de ideas, si la motivación debe responder a la función de garantizar la actividad judicial permitiendo el conocimiento de la racionalidad de la providencia, es evidente que, en la práctica, ésta tendrá que contener argumentos mínimos para poder justificarse de manera objetiva, es decir, deberá fundarse en criterios deducidos de las pruebas obrantes en la actuación, cuya profundidad y extensión variará...”*<sup>19</sup>

Entonces, se puede concluir que hay falta de motivación: **1.** Cuando falta concretar la realidad fáctica y jurídica que soporta la decisión y se presenta una ausencia absoluta de motivación; **2.** Cuando ésta no refleja el fundamento del fallo, es decir, se considera precaria o incompleta; y **3.** Cuando la sentencia se instituye sobre razones contradictorias y excluyentes que obstaculizan el verdadero sentido, la que también es considerada anfibiológica.

**“6.2.7.** Es así como sin hacer ningún control material sobre la tipicidad de las conductas y el juicio de adecuación para determinar si en verdad hay correspondencia fáctica entre el núcleo de los hechos imputados y la calificación jurídica dada a los mismos y el grado autoría o participación con el que se enrostra, se aprueba el preacuerdo, se emite la sentencia y se individualizan las penas mínimas, para los tres ilícitos preconvenidos<sup>20</sup>, rebajándose el 50%

17 López Barja de Quiroga, Jacobo, *Tratado de derecho procesal penal*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2005, p. 1371.

18 Taruffo, Michele, *La prueba de los hechos*, Editorial Trotta, 2002, pp. 435-436.

19 Sentencia Casación 18/03/2009 Rad. 26631 M. P. Julio E Socha Salamanca

20 “...Ahora bien, respecto de lo anterior, existe una postura compartida tanto en los modelos anglosajones como en el continental europeo según la cual el control de los hechos o del acontecer fáctico le corresponde al ente acusador; en ese sentido, en el primero de los modelos se afirma, por ejemplo, que “...el juicio no es una instancia de investigación”<sup>20</sup> y, por lo tanto, los hechos y los elementos deben estar acreditados antes de llegar a la etapa judicial, siendo esa labor exclusiva de las partes.

Por su parte, los tratadistas europeos igualmente resaltan que:

“La misma existencia del proceso tiene que presuponer que el juzgador no puede determinar qué hechos son los que se imputan ni a quién se imputan, pues si así fuera el juzgador se convertiría en acusador.”<sup>20</sup> (Sentencia Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, radicado 59043 del 6 de marzo de 2012, M.P. Javier Zapata Ortiz).

preacordado; se repite, sin hacer ningún control de fondo, para establecer si en verdad el señor **Héctor Julio Gómez González**, es un interviniente en los delitos calificados por el sujeto activo (*extraneus*) o por contrario, tiene la calidad de codeterminador de los mismos, con algunos otros integrantes de la aludida comunidad criminal. Y si es un **coauktor interviniente** como se indicó en el preacuerdo y se acogió en la sentencia y en la ponencia derrotada, tampoco se definió si debe responder como **coautor propio o impropio**, dejándose de lado el hilo conductor que guió esta asociación delictiva, esto es, el concierto para delinquir bajo el que actuaron, lo cual marca de entrada una gran diferencia jurídica sobre su cooperación, la ubicación de la misma dentro de la teoría la autoría y participación y el grado de intervención sobre el que debe responder, como a primera vista se evidencia.

*“Dígase entonces, que la actuación del funcionario de conocimiento al entrar al estudio del preacuerdo , encuentra su razón de ser en que este mecanismo de terminación anticipada no legitima al fallador a emitir una condena que haga caso omiso a los antecedentes del proceso, pues no puede perderse de vista la prevalencia del derecho material y las garantías fundamentales también rigen en los casos de sentencia anticipada”*<sup>21</sup>

Pero además encuentra la Sala Dual, **recapitulando sobre lo expuesto**, que en el preacuerdo celebrado, en la aprobación del mismo y la sentencia emitida, no se percataron como lo advierten los censores, que vedadamente la Fiscalía otorgó al imputado con el que preacordó<sup>22</sup>, cuatro beneficios que acumulados superan el 50% de rebaja punitiva, previsto como máximo a beneficiar en las negociaciones de culpabilidad preacordadas, conforme lo previsto en el art. 351 y concordantes del C.P.P. Ellos son:

**1º).** De la imputación fáctica se desprende que el señor **Héctor Julio Gómez González** se encuentra incursa en los tres delitos imputados: concierto para delinquir; peculado por apropiación agravado por la cuantía, interés ilícito en la celebración de contratos, conforme a los concursos atribuidos en la imputación y en el preacuerdo de acusación. Pero además, inexplicablemente la Fiscalía no le imputó cargos por los delitos de celebración de contratos sin cumplimiento de requisitos legales y cohecho propio por el que presuntamente se encuentran comprometidos éste y los funcionarios que recibieron dádivas a cambio de la venta de la función pública, para ejecutar actos contrarios a sus deberes oficiales.

**2º).** Aparte que se dejaron de imputar dos de los delitos principales atribuidos a la organización de los cuales deben responder igualmente los contratistas, sin explicación alguna, distinta a que va a colaborar como testigo de cargo en otros juicios, se dejan de atribuir para los delitos que se imputaron y para los que no se imputaron, pese a que se desprenden nítidamente del aspecto fáctico a él aludido, las circunstancias de menor y mayor punibilidad ya referidas, omisión con la que se deja de aplicar la pena legal que debe estar ubicada al individualizarla dentro de los cuartos medios y no en el mínimo, como si no existieran dichas circunstancias de mayor punibilidad, concurrentes para los hechos investigados.

**3º).** Adicional a que no se imputan tales circunstancias de mayor punibilidad, lo que implicaría que la pena deba moverse en el cuarto mínimo de los topes previstos en la ley, conforme a los parámetros legales para tasarla, se acuerda imponer la pena mínima del cuarto mínimo. Es decir, la mínima consagrada en la ley, como si se tratara de conductas delictivas insignificantes.

---

<sup>21</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación penal Sentencia del 27 de abril del 2011, radicado No.34.829. M.P. Dr. José Luis Barceló Camacho.

Y Pese a que se dijo en el acuerdo que la pena a imponer es la mínima prevista en el tipo penal, el juez la rebajó para el delito de peculado, con el argumento que tiene derecho al descuento por el reintegro, no obstante que en otra parte de su providencia sostuvo que la pena la habían individualizado en el preacuerdo y que por esa razón, él no podría tocarla; por lo tanto le era indiferente si obraban o no circunstancias de mayor punibilidad, como le advertían las víctimas.

**4º).** El cuarto beneficio otorgado fue la rebaja del 50% de la pena mínima a imponer que resultare luego de individualizarla en su totalidad, en virtud del concurso de delitos imputados y aceptados.

A ese acuerdo así celebrado, en el que se le rebaja al acusado aproximadamente las tres cuartas partes de la pena que realmente le corresponde por su intervención en los hechos investigados, por los delitos imputados y no imputados, aún en el entendido de que su participación en los que demandan la calidad de “servidor público”, la imputación legal que le podría corresponder sea la de simple **coautor interveniente por su calidad de extraneus** en tanto no sea posible otro grado de atribución; se le imparte aprobación por la instancia sin controlar que el mismo desborda los límites legales permitidos y que se le otorgan cuatro beneficios, cuando la ley que los regula prohíbe otorgar más de uno de ellos, en su art. 351. En este acuerdo la Fiscalía tácitamente aplicó un principio de oportunidad de facto. Expresa la ley:

*“La aceptación de cargos determinados en la audiencia de formulación de imputación, comporta una rebaja de hasta la mitad de la pena imponible, acuerdo que se consignará en el escrito de acusación.*

**También podrán el fiscal y el imputado llegar a un preacuerdo sobre los hechos imputados y sus consecuencias. Si hubiere un cambio favorable para el imputado con relación a la pena por imponer, esto constituirá la única rebaja compensatoria por el acuerdo. Para efectos de la acusación se procederá en la forma prevista en el inciso anterior.**

**6.2.8** Recuérdese que tanto el Juez de Control de Garantías como el Juez de Conocimiento no son invitados de piedra, sino que deben estar prestos a dar cumplimiento a las funciones que le fueron encomendadas por la Constitución Política y por la ley<sup>23</sup>, en atención a verificar las labores y garantías de las partes e intervinientes y velar porque las mismas sean acordes con sus facultades y deberes, en cumplimiento del rol que desempeñan, pero primordialmente ajustados al principio de legalidad y tipicidad inequívoca y estricta; así como al imperativo de establecer con objetividad: la verdad y la justicia (art 5º del C.P.P.).

Sin embargo, la Fiscalía en vez de imputar la totalidad del concurso de delitos que se desprende de la atribución fáctica y de la evidencia que los sustenta<sup>24</sup>, enrostró parte de ellos y un grado de participación que solo es viable para quienes prácticamente efectúan una contribución residual; actuación que el Juez de Garantías y de Conocimiento ciegamente aprobaron como si no fueran estas sus funciones y no tuviesen que hacer control de legalidad de las negociaciones,

23“La Sala ha enfatizado en diversas oportunidades que la revisión que emprende el funcionario judicial no es meramente sobre aspectos formales, tales como la libertad, la comprensión o la asistencia jurídica que hubiere tenido el imputado o procesado; es por ello que ha indicado que:

“... ningún procedimiento penal con fundamento en el respeto de la dignidad humana y orientado a la búsqueda de un orden justo, como lo sería el de todo Estado Social y Democrático de Derecho que se precie de serlo, podría condenar a una persona bajo el presupuesto de una verdad meramente formal, sustentada tan solo en el consenso que tanto el organismo acusador como el procesado manifiesten ante el juez de conocimiento, sin que este último tenga la posibilidad de verificar que no se hayan afectado derechos y garantías fundamentales.” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 27 de octubre de 2008, radicación No. 29979).

24 “...En esa medida, si el investigador es el directamente relacionado con el acontecer fáctico, resultaría un desbordamiento de competencias que, contrario a las evidencias que la Fiscalía tiene para soportar fácticamente una imputación, el juez pretenda afirmar que existen o pueden existir otros elementos fácticos que sugieren que los hechos sucedieron con un alcance distinto, como sucedió en este caso.....” ((Sentencia Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, radicado 59043 del 6 de marzo de 2012, M.P. Javier Zapata Ortiz).

comenzando por la adecuación típica de la conducta imputada frente al devenir que los convoca, al igual que la legalidad y el respeto de los límites definidos por el ordenamiento penal y procesal penal, dentro de los cuales la Fiscalía pueda preacordar, pero obviamente atendiendo las inquietudes de las víctimas, sin que su facultad se vea menguada por lo perseguido por aquellas.

**6.2.9.** Actuación que para el caso que nos ocupa, constituye una violación flagrante a las garantías constitucionales al debido proceso y al acceso a la administración de justicia de las víctimas e intervenientes y de la sociedad en general, pues la motivación de la sentencia judicial conlleva a que el funcionario determine de acuerdo con los fundamentos fácticos y jurídicos la responsabilidad o no de una persona, más allá de toda duda y dé respuesta a cada una de las inquietudes de las partes e intervenientes. Y no obstante que en este caso, se trata de una sentencia anticipada donde el imputado o acusado prenegocia con el órgano de la acusación los cargos y circunstancias de imputación, debe igualmente efectuarse una valoración de contexto, la que si bien no debe ser extensa, no puede ser precaria y carente de argumentos y menos aún, soslayar el supuesto fáctico atribuido, pero inconcluso jurídicamente.

(...)

**3.2.7.** Así las cosas y ante la flagrante violación al debido proceso y el acceso a la administración de justicia<sup>25</sup> y el des prestigio que implicaría para ella, la validación de un preacuerdo erróneamente celebrado, se declarará la nulidad desde la formulación de imputación surtida el 2 de noviembre del 2011 (excluida esta), para que la Fiscalía rehaga la imputación jurídica acorde con la intervención fáctica de cada uno de los indiciados en el devenir delictivo, entre ellos, al contratista **Héctor Julio Gómez González**, a quien se le deben imputar jurídicamente los cargos de acuerdo con su aporte en la ejecución de los hechos atribuidos colectivamente a la empresa criminal<sup>26</sup>, guardando en todo caso, coherencia entre lo ocurrido, lo contribuido por éste a la realización de los hechos y la calificación legal que de allí se desprende.

Relatoría/consulta/2013/Providencias incluidas en los boletines

**1.2. M. P. RIAÑO RIAÑO RAMIRO Rad. 110016000049200711393 02 (25 -09-12) USURPACIÓN DE DERECHOS DE PROPIEDAD INDUSTRIAL Y DERECHO DE OBTENEDORES DE VARIEDADES VEGETALES – Tipicidad – Tipo en blanco – Configuración / USO ILEGÍTIMO DE PATENTES – Tipicidad - Tipo en blanco – Configuración.**

“De ahí que el Constituyente en el entendido que los nombres comerciales, la enseñas, marcas, patentes de invención y los modelos de utilidad o diseño industrial, son expresiones de la propiedad privada que constituyen un medio eficaz para el desarrollo económico y, por consiguiente, para el avance social, en los artículos 58 y 61, en armonía con los artículos 150 numeral 24 y 189 numeral 27 ibidem, dejara ver la necesidad de brindarles una protección que se concretó cuando el legislador consagró dentro de los atentados contra el Orden Económico y Social, los delitos de **usurpación de derechos de propiedad industrial y derecho de obtenedores de variedades vegetales** y **uso ilegítimo de patentes**, que constituye una afrenta contra el bien jurídico en mención debido al desconocimiento de la propiedad industrial vinculada a la utilización fraudulenta.

(...)

Desde la arista de la estructura la Sala advierte que el legislador contempla en los artículos traídos a colación una norma penal en blanco, connotación que deviene no de los elementos descriptivos contenidos en ellos, sino ante el referente

25 Deberes del Juez al estudiar los preacuerdos y allanamientos, denominados justicia consensuada (Sentencia del 23 de noviembre del 2011. Rdo No.37.209. M.P. Dr. José Luis Barceló Camacho.

26 El Juez puede preferir la tipicidad que considere acertada, siempre que nos e agregue un hecho nuevo, ni se cambie la esencia de la base fáctica (Auto del 7 de diciembre del 2011. Rdo No. 36367. M.P. Dr. José Luís Barceló Camacho.

obligado e ineludible de acudir a otro ordenamiento jurídico con el propósito de concretar de manera cabal la conducta reprimida.

En torno a los derechos de propiedad industrial de importancia es resaltar que los componentes de su sector de creaciones industriales nuevas, son los derechos de exclusividad de carácter temporal reconocidos a través de **las patentes**, de los registros de certificados de invención, **de los registros de modelos de utilidad** y de los registros de dibujos y modelos industriales.

Entiéndase por patente el título o derecho que el Estado otorga a una persona para que explote una creación, género que incluye la de invención, **la de modelo de utilidad** y la de diseño industrial, donde la divergencia radica en el grado de invención o de creatividad que tiene el producto y su protección depende del nivel inventivo, que en tratándose de las últimas, es de 10 años.

Sobre el particular el artículo 81 de la Decisión 486 de la Comunidad Andina referente al régimen común sobre propiedad industrial establece:

*“ Se considera modelo de utilidad, a toda nueva forma, configuración o disposición de elementos, de algún artefacto, herramienta, instrumento, mecanismo u otro objeto o de alguna parte del mismo que permita un mejor o diferente funcionamiento, utilización o fabricación del objeto que le incorpore o que le proporcione alguna utilidad, ventaja o efecto técnico que antes no tenía.*

*Los modelos de utilidad se protegerán mediante patentes”.*

Esa protección conferida por la patente está determinada por el tenor de las reivindicaciones y confiere a su titular el derecho de impedir a terceras personas que no tengan su consentimiento, realizar cualquiera de los siguientes actos: (a) **cuando en la patente se reivindica un producto**: (i) fabricar el producto. (ii) ofrecer en venta, vender o usar el producto o importarlo; para algunos de esos fines; y **cuando en la patente reivindica el procedimiento**: (i). emplear el procedimiento o ejecutar cualquiera de los actos indicados en el literal a) respecto a un producto obtenido directamente mediante el procedimiento.

**5.3.** Bajo tales premisas la Colegiatura se adentrará en el análisis de las infracciones enrostradas al acusado en aras de verificar si las conductas desplegadas se avienen a las hipótesis de los artículos 306 y 307 del Código Penal y en la mismas concurre el calificativo de fraudulenta y el aspecto subjetivo (dolo) o en su defecto se impone la confirmación de la absolución ante la duda que dice el *a quo* impera en torno a dicho aspecto.

**5.3.1.** En el caso concreto a partir de las pruebas de la acusación se acreditó que la Superintendencia de Industria y Comercio mediante Resolución N° 36489 le otorgó la patente de modelo de utilidad al señor Gabriel Carrillo Villa sobre la creación denominada “expendedor valvular para crema dental”, dispositivo hogareño para extraer por presión digital una fracción de crema dental y que con tal finalidad expidió el certificado N° 284.

Que ante la disminución en las ventas de tal elemento, el titular de tal derecho realizó pesquisas que le permitieron establecer que otra persona se dedicaba a la fabricación y posterior comercialización en el Almacén Éxito de las Avenida las Américas, de un dispensador con idénticas características de la válvula patentada.

**5.3.2.** Y que al ser puestos tales hechos en conocimiento de la autoridad competente, según se desprende del informe ejecutivo (evidencia N° 1), dentro del programa metodológico se incluyó una diligencia de allanamiento y registro al

inmueble ubicado en la Calle 64 N° 111C- 71, que se materializó el 10 de abril de 2008 por el Cuerpo Técnico de Investigaciones –CTI y culminó con la captura de Luis Javier Pineda Monroy y la incautación de los siguientes elementos...

Artefactos que después de ser objeto de la fijación fotográfica que fue insertada al juicio por David Camilo Pulido Arévalo -fotógrafo del CTI-, fueron sometidos a experticio técnico (evidencia 9), misión que se encomendó a Jaime Alejandro Fajardo – Auxiliar de Justicia –, perito que luego de un análisis comparativo del sistema valvular: expendedor valvular para crema dental, que incluyó cotejo físico, mediciones con calibrador y cotejo de los componentes, estableció que el orden de ensamble, el concepto tecnológico, los materiales, los mecanismos que tienen ambos sistemas son prácticamente iguales en casi todos los componentes, la función y la disposición dentro del sistema valvular.

(...)

**5.3.5.** Entonces, al no contar **Luis Javier Pineda Monroy** con el derecho, no haberlo tramitado o conseguido regularmente y optar por apropiarse de la patente de modelo utilidad por si y ante si, sin llenar o agotar los requisitos que exige la legislación sobre la materia, sencillo es concluir adversamente a lo sostenido por el *a quo* que se configuran los delitos enrostrados, pues el título, derecho o monopolio entregado por el Estado frente al modelo de utilidad: “expendedor valvular para crema dental”, le fue conferido al señor Gabriel Carrillo Villa y aunque con dicho propósito en el 2008 el acusado elevó solicitud, ha de recordarse que por no ajustarse a los parámetros previstos para el efecto, le fue negada la pretensión, pues para entonces y la fecha de los hechos (diciembre de 2007) el señor Gabriel Carrillo Villa todavía ostentaba los derechos o el monopolio que impedían que **Luis Javier Pineda Monroy** fabricara el mismo.

No empece como lo dejó acreditado el ente fiscal, sin contar con ese derecho de propiedad industrial no solo fabricó el producto de las características ya aludidas, sino que lo comercializó como se desprende de las factura de venta allegada a través del denunciante, quien ante el retroceso en las ventas no dudó en acudir a una de sus colaboradoras para la adquisición de uno de tales elementos, cuya revisión le permitió concluir que era idéntico: “*Mi secretaría compró uno de estos aparatos, lo desarmé y ví que era exactamente igual al sistema valvular que yo había patentado*” (record 01.10:54).

(...)

**5.3.6.** El acusado en un válido esfuerzo defensivo al renunciar al derecho de guardar silencio quiso hacer ver que el dosificador para crema dental que venía elaborando presenta algunas diferencias de cara al patentado por Carrillo Villa, especialmente frente a la forma, puesto que le adicionó una cavidad para colocar la máquina de afeitar que el gabinete que se le exhibe no tiene, le añadió las divisiones para que los cepillos de dientes no se rocen y en la parte técnica le cambió la forma a la válvula.

(...)

Y aunque no discute la Sala que el testigo perito sostuvo que la válvula es: “sin rítmica de paso” y que también se constó que el botón pulsador y el resorte helicoidal varían en una mínima proporción en su diámetro (más o menos 2 milímetros), en las destacadas condiciones la identidad tecnológica es del 100% y aunque en la forma solo lo es del 95%, innegable es que el elemento que se encontraba en estado de técnica en el mercado, no fue mejorado en su funcionalidad como atinadamente lo sostiene el recurrente.

**5.3.7.** De otra parte, no puede admitir la Sala el argumento que la patente de modelo de utilidad se emitió exclusivamente en relación al gabinete como lo sostiene la testigo de la acusación Laura Constanza Rojas, porque con suficiencia se ha explicado que la misma comprende el expendedor de las características

referidas en el acápite de las reivindicaciones, cuyas diferencias con el elaborado por el acusado no lo erigen en un nuevo modelo de utilidad en cuanto los ajustes efectuados en nada varian su funcionalidad. Ambos cumplen la misma: “*dosificar crema dental*”, a través del mismo sistema valvular que se encuentra en igual orden de ensamble, donde las piezas desarrollan, se insiste, la misma función.

(...)

**5.3.10.** Entonces hasta aquí es claro que esa conducta de utilizar en abierta oposición a lo deducido por el juez de instancia estuvo seguida del calificativo fraudulentamente, lo que igual deja en evidencia la actuación dolosa del acusado, pues de las prueba de la acusación meridianamente surge que conocía que el señor Gabriel Carrillo confeccionaba el expendededor, puesto que laboró para él y se conocían en virtud de parentesco de sus esposas (hermanas).

No obstante, sin sujeción a las normas legales correspondientes y careciendo de la autorización conforme lo dispone el artículo 306 del Código Penal dirigió su voluntad a fabricar un expendededor valvular para crema dental, igual al patentado por el señor Gabriel Carrillo Villa y ofrecerlo en venta a sabiendas de la ilicitud de su comportamiento, desconociendo por completo el derecho de propiedad industrial otorgado al denunciante.

Resta indicar en este punto que la solicitud de la patente de modelo de utilidad le fue negada porque de la misma ya era titular la víctima, lo que le permitió actualizar el dolo de su comportamiento, así la defensa soterradamente quiera hacer ver que su cliente no sabía de la elaboración por parte de Carrillo Villa y que se trata de un nuevo modelo de utilidad.

En esas condiciones, la Sala luego de valorar las pruebas de cargo y descargo en conjunto, arriba al conocimiento más allá de toda duda que el acusado es el autor responsable de los delitos de usurpación de derechos de propiedad industrial y derechos de obtenedores de variedades vegetales en concurso heterogéneo con uso ilegítimo de patente, contrario a lo aseverado por el juez de instancia.”

Relatoría/consulta/2013/Providencias incluidas en los boletines

**1.4. M. P. RIAÑO RIAÑO RAMIRO Rad. 110016000013200709008 01 (04-07-12)**  
**PRINCIPIO DEL JUEZ NATURAL – No lo vulnera el hecho que sea el juez de primera instancia quien reciba la sustentación de la alzada - Inaplicación de la excepción de inconstitucionalidad del artículo 90 de la Ley 1395 de 2011 que modifco el artículo 178 de la Ley 906 de 2004, sobre trámite del recurso de apelación de providencias interlocutorias / PRINCIPIO DE INMEDIACIÓN – No opera para frente a la sustentación de recursos.**

“Revisadas las normas en comento claramente se observa que inicialmente el querer del legislador era que la sustentación del recurso se efectuara directamente ante el juez o magistrado que fungía como segunda instancia y luego con la emisión de la disposición respecto de la que se demanda la inaplicación por la excepción de inconstitucionalidad, producto de la expresión del poder de configuración del legislador, se produjo un cambio sustancial frente al trámite del recurso de apelación; norma que los operadores jurídicos estamos obligados a aplicar en consideración a que no mengua el orden constitucional como al parecer lo considera el recurrente.

El poder de configuración del legislador indefectiblemente lo faculta para efectuar modificaciones como acontece con la disposición en comento, cuyos efectos se ven reflejados en el trámite del recurso de apelación, pues inicialmente contempló

que la sustentación se hiciera ante el juez encargado de dirimir el recurso de apelación y posteriormente, en la respectiva audiencia de instancia.

El no compartirse dicha variación, considera la Sala que no es argumento suficiente para deprecar la excepción de constitucionalidad, pues tal modificación en nada afecta el principio del juez natural como parte del debido proceso en la medida que no se está cambiando al funcionario que debe juzgar, sino que sencillamente para descongestionar los despachos judiciales se consideró oportuno que la sustentación del recurso se hiciera en la audiencia en que se produce la decisión cuestionada, en el caso de los autos; sin que imperativo resulte que también se debe sustentar ante la segunda instancia.

Tópico que solo tiene incidencia en la forma en que ha de surtirse la actuación, concretamente, la interposición y sustentación de los recursos, destacándose la oralidad como principio rector, el que en nada se afecta cuando la sustentación se hace ante el juez de instancia, pues los argumentos vertidos por quienes se encuentren en desavenencia con la providencia son condensados en un medio técnico que posteriormente sirve de instrumento de conocimiento precisamente para desatar las impugnaciones y donde la segunda instancia podrá apreciar los motivos de disenso y su fundamentación.

De ningún manera puede confundirse el principio de inmediación de la prueba en el sistema penal acusatorio, con la instancia ante la cual se sustenta el recurso, pues la primera hipótesis tiene que ver con el juez que preside la actividad probatoria y la segunda, con el juez que recepciona los argumentos materia de inconformidad que luego son analizados por el funcionario judicial en quien se ha radicado la competencia para resolver el recurso de apelación contra autos ora respecto de sentencias.

El que sea el juez de instancia quien reciba la sustentación de la alzada no vulnera el principio del juez natural porque tal circunstancia no incide en la apreciación de los argumentos por la segunda instancia quien podrá observar en los videos lo acontecido en la audiencia y en tales condiciones, estará en posibilidad de aprehenderlos, porque en este punto específico ningún papel juega lo referente a la afectación de la memoria, o a la inmediación frente al proponente.

El querer del legislador al expedir la Ley 1395 de 2010 fue descongestionar los despachos judiciales y de permitirse que los recurrentes acudan a esta instancia a sustentar el recurso sería desconocer flagrantemente una norma que se encuentra ajustada a la Constitucional Nacional, pues las diferentes opiniones o interpretaciones que se suscitan y los efectos que se le asignan, no se imponen sobre el imperio de la ley a que estamos sometidos los funcionarios judiciales en las providencias, claro está, siempre y cuando esta no se torne contradictoria con la norma superior, pues en ese caso, resulta un imperativo determinar cuál prevalece, ante la afectación de un precepto constitucional; aspecto que no se evidencia, por ahora.”

**MAX ALEJANDRO FLÓREZ RODRÍGUEZ**  
**Presidente**

**DORA ELSA USCÁTEGUI LARA**  
**Relatora**