



**RAMA JUDICIAL
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
BOLETÍN 07 DEL 30 DE ABRIL DE 2012**

1. PROVIDENCIAS DE INTERÉS DE ESTA CORPORACIÓN

Sala Civil

1.1.1

TEMA: “DE LAS PRUEBAS ASÍ RELACIONADAS Y ESTUDIADAS, ENCUENTRA ESTA CORPORACIÓN QUE EN EL PRESENTE ASUNTO, SE PRESENTÓ ENTRE EDUARDO PEÑA GOMEZ Y LAS VIVIENDAS SOCIEDAD LTDA., Y FAGOR INDUSTRIAL S.A., UNA VERDADERA AGENCIA COMERCIAL, DONDE LOS PRIMEROS ACTUARON COMO AGENTES DE LA SEGUNDA, DESARROLLANDO UNA ACTIVIDAD INDEPENDIENTE (CON UN LOCAL PROPIO TOMADO EN ARRIENDO POR LA PARTE ACTORA, SU PROPIO HORARIO, SUS PROPIOS RECURSOS Y SU PROPIO PERSONAL) Y ESTABLE (DURANTE MÁS DE 4 AÑOS) EN PRO DE LA PROMOCIÓN Y EXPLOTACIÓN DE LOS PRODUCTOS FAGOR, Y LOS SEGUNDOS COMO AGENCIADOS, ACOGIERON LOS CLIENTES CAPTADOS POR LOS PRIMEROS, DESARROLLANDO Y AFIANZANDO RELACIONES NEGOCIALES, Y FACTURANDO SUS VENTAS. (...)

(...)

del precedente estudio, se deduce que a pesar de la denominación dada en los documentos suscritos por las partes: “*acuerdo de colaboración*” y “*contrato de distribución*”, la relación comercial auténtica y real desarrollada entre ellas no fue de distribución como se quiso hacer parecer, toda vez que eduardo peña gomez y las viviendas nunca adquirieron en propiedad los productos fagor, sino que luego de la consecución y concreción de negocios, la facturación y remisión procedía directamente de la empresa demandada ubicada en medellín (cuestión que la misma ratifica en sus intervenciones – fl. 1606, 2710), haciéndose evidente la diferencia arriba anotada entre esos dos negocios jurídicos. (...)

(...)

resumido de esta forma el acervo probatorio obrante en el expediente, procede la sala al estudio del contrato de *agencia mercantil*, regulado en el artículo 1317 del código de comercio, así: “*por medio del contrato de agencia, un comerciante asume en forma independiente y de manera estable el encargo de promover o explotar negocios en un determinado ramo y dentro de una zona prefijada en el territorio nacional, como representante o agente de un empresario nacional, o extranjero o como fabricante o distribuidor de uno o varios productos del mismo.*”

(...)

Mediante sentencia del 12 de julio de 2011, el *a-quo* declaró no probada la excepción de prescripción y negó las pretensiones principales y subsidiarias de la demanda, tras considerar que no se probaron todos los presupuestos del contrato de agencia mercantil, así como tampoco operó la prescripción de la acción.

Como sustento de la alzada, propone Eduardo Peña Gómez y Las Viviendas Sociedad Ltda. que los hechos de la demanda se demostraron “*más allá de toda duda*”, toda vez que los testimonios recaudados estuvieron de acuerdo en que los demandantes destinaron el local ubicado en la calle 68 y se dedicaron a la promoción y ventas de los productos FAGOR. De la misma forma, que la prueba documental aportada puso de presente las condiciones del contrato de agencia comercial celebrado entre las partes, sin embargo, el Juez de primera instancia desconoció el caudal probatorio obrante en el expediente y realizando un insuficiente análisis de la conducta contractual de FAGOR. Manifestó el apelante que la realidad de la relación contractual entre las partes fue una agencia comercial independientemente de la denominación del contrato, cuestión que no analizó el Juez de instancia. Igualmente, que las omisiones en que incurrió el Juzgado viola los derechos fundamentales al trabajo, la seguridad social, el mínimo vital y la libre empresa.

Verificado lo anterior, propio es centrar el estudio sobre los puntos de desacuerdo del impugnante, quien para el efecto, concentra su inconformidad en que entre las partes hubo un contrato verbal de agencia mercantil que luego se consagró por escrito y que en su ejecución cumplió todos sus

requisitos, razón por la cual deben reconocerse los conceptos económicos causados a favor de las demandantes, por la terminación unilateral del contrato y haber obtenido provecho económico de su actividad de agencia.

En relación con la prueba documental obrante en el expediente, tenemos que además del vasto aporte de facturas y documentos contables, así como comunicaciones, cartas y correos electrónicos intercambiados por las partes, y otros documentos, se suscribieron entre ellas, los siguientes: **a)** “*acuerdo de colaboración*” en febrero 10 de 1999, **b)** “*contrato de comodato precario*” en abril 23 de 1999 con duración hasta el 23 de septiembre de 1999, **c)** “*contrato de distribución*” en abril 21 de 2001, **d)** “*modificación al contrato de distribución*” en mayo 1º de 2002, **e)** carta de terminación de contrato de febrero 15 de 2003.

(...)

Resumido de esta forma el acervo probatorio obrante en el expediente, procede la Sala al estudio del contrato de **AGENCIA MERCANTIL**, regulado en el artículo 1317 del Código de Comercio, así: “*Por medio del contrato de agencia, un comerciante asume en forma independiente y de manera estable el encargo de promover o explotar negocios en un determinado ramo y dentro de una zona prefijada en el territorio nacional, como representante o agente de un empresario nacional, o extranjero o como fabricante o distribuidor de uno o varios productos del mismo.*

La persona que recibe dicho encargo se denomina genéricamente agente.”

“(…) Como el agente comercial asume el encargo en forma independiente, lo que lo faculta para desarrollar su actividad sin tener que estar subordinado al empresario o agenciado, pudiendo escoger y designar sus propios empleados y los métodos de trabajo, teniendo potestad para realizar por sí o por medio de personal a su servicio el encargo que se le ha confiado, es claro que el contrato de agencia comercial se diferencia claramente del contrato de trabajo en que a diferencia del agente, el trabajador queda vinculado con el patrono bajo continuada dependencia y subordinación.(…)” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia 2 de diciembre de 1980);

“Es así como el artículo 1317 del Código de Comercio, al definir el referido contrato, resalta que en dicho convenio un comerciante –el agente- asume ‘en forma independiente y estable’ el encargo de promover o explotar negocios de un empresario –el agenciado-, en un determinado ramo y dentro de una zona prefijada en el territorio nacional, despuntando, entre estas características, aquella que predica la estabilidad del negocio jurídico, cuya importancia –sustancial- se advierte con solo reparar en la labor que se le encomienda al agente, es decir, en la actividad que a favor del agenciado despliega, quien no se limita a perfeccionar o concluir determinados negocios –así sean numerosos-, hecho lo cual termina su tarea, sino que su labor es de promoción, lo que de suyo ordinariamente comprende varias etapas que van desde la información que ofrece a terceros determinados o al público en general, acerca de las características del producto que promueve, o de la marca o servicio que promociona, hasta la conquista del cliente; pero no solo eso, sino también la atención y mantenimiento o preservación de esa clientela y el incremento de la misma, lo que implica niveles de satisfacción de los consumidores y clientes anteriores, receptividad del producto, posicionamiento paulatino o creciente; en fin, tantas aristas propias de lo que hoy se conoce –en sentido lato- como ‘mercadeo’, que, en definitiva, permiten concluir que la agencia es un arquetípico contrato de duración, característica que se contrapone a lo esporádico o transitorio, pero que –hay que advertirlo- no supone tampoco y de modo inexorable, un contrato a término indefinido o de duración indefectible y acentuadamente prolongada.

“(…) dicho en otros términos, lo determinante en la agencia comercial no son los contratos que el agente logre perfeccionar, concluir o poner a disposición del agenciado, sino el hecho mismo de la promoción del negocio de éste, lo que supone una ingente actividad dirigida –en un comienzo- a la conquista de los mercados y de la potencial clientela, que debe –luego- ser canalizada por el agente para darle continuidad a la empresa desarrollada –a través de él- por el agenciado, de forma tal que, una vez consolidada, se preserve o aumente la clientela del empresario, según el caso. De allí la importancia que tienen en este tipo de negocios jurídicos las cláusulas que establecen un plazo de duración, pues ellas, amén de blindar el vínculo contractual frente a terminaciones intempestivas, le otorgan estabilidad a la relación, no sólo en beneficio del agente, sino también del agenciado (…)”

“(…) sobre la relevante característica que se comenta, señaló la Corte recientemente que hay razones de orden público económico, pero también de linaje privado, que ‘justifican y

explican esta particularidad, porque al lado de la importancia de la función económica de esta clase de intermediación, aparecen los intereses particulares del agente, quien por virtud de la independencia que igualmente identifica la relación establecida con el agenciado, se ve obligado a organizar su propia empresa, pues la función del agente no se limita a poner en contacto compradores y vendedores, o a distribuir mercancías, sino que su gestión es más específica, pues a través de su propia empresa, debe, de manera estable e independiente, explotar o promover los negocios del agenciado, actuando ante la clientela como representante o agente de éste o como fabricante o distribuidor de sus productos (cas. civ. 20 de octubre de 2000; exp No. 5497)”. (Subrayado fuera de texto); (...)

“(…) La diferencia es bien clara: al distribuidor que actúa como agente comercial en nada lo benefician o perjudican las alzas o bajas que puedan sufrir los productos que promueve, como quiera que la propiedad de estos en ningún momento del proceso de mercadeo pasa a ser suya, sino que del dominio del fabricante o empresario, los productos se desplazan al de la clientela sin que el agente tenga que adquirirlos. Por el contrario, cuando el distribuidor ha adquirido para sí los productos que promueve, resulta claro que el aumento en los precios de venta después de que sean suyos, lo beneficia directamente, de la misma manera que lo perjudicaría una baja en las mismas circunstancias. El agente comercial que distribuye, coloca pues en el mercado productos ajenos, no propios.” (Corte Suprema de Justicia, Sala Casación Civil, diciembre 2 de 1980)¹.

Del precedente estudio, se deduce que a pesar de la denominación dada en los documentos suscritos por las partes: “*acuerdo de colaboración*” y “*contrato de distribución*”, la relación comercial auténtica y real desarrollada entre ellas no fue de distribución como se quiso hacer parecer, toda vez que Eduardo Peña Gómez y las viviendas nunca adquirieron en propiedad los productos Fagor, sino que luego de la consecución y concreción de negocios, la facturación y remisión procedía directamente de la empresa demandada ubicada en Medellín (cuestión que la misma ratifica en sus intervenciones – fl. 1606, 2710), haciéndose evidente la diferencia arriba anotada entre esos dos negocios jurídicos.

(...)

Por todas estas razones, procederá la sala a **confirmar** el numeral primero de la providencia del a-quo -referente a tener por no probada la excepción de prescripción, al encontrarse correcto el análisis realizado por la Juez de primera instancia al respecto, ya que el término debe contarse a partir de la terminación de la relación negocial real ocurrida el 1º de mayo de 2003, según lo verificado en las comunicaciones tantas veces mencionadas-; **y revocar el numeral segundo**, para acceder parcialmente a las pretensiones de la demanda en orden a declarar que entre las partes existió un contrato de agencia mercantil desde el 10 de febrero de 1999 hasta el 1º de mayo de 2003. Igualmente, habrá de **adicionarse la sentencia** de instancia en lo atinente a las demás excepciones de merito propuestas por la parte demandada (en virtud de que el a-quo omitió estudiarlas y pronunciarse al respecto, a pesar de que era su decisión negar las pretensiones)”. (...)

FUENTE NORMATIVA : ARTÍCULOS 90, 177 Y 392 NUMERAL 6º DEL C.P.C.

: ARTÍCULOS 822, 884, 968, , 1264, 1317...1324 C. DE CO.

: ARTÍCULOS 1329 Y 1618 C. C.

: SENTENCIA SALA DE CASACIÓN CIVIL 2 DE SEPTIEMBRE DE 1980

FECHA : 2012-03-06

PROCESO : ORDINARIO

PONENTE : Dra. MARTHA PATRICIA GUZMÁN ÁLVAREZ

DEMANDANTE : DE LAS VIVIENDAS SOCIEDAD LTDA.

DEMANDADO : FAGOR INDUSTRIAL S.A.

RADICACIÓN : 2008 00247-02

1.2. Sala de Familia

“QUE SEGÚN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO AQUÉL DE LOS CÓNYUGES O COMPAÑEROS QUE DISTRAIGA U OCULTE BIENES DE LA SOCIEDAD, PERDERÁ SU PORCIÓN EN LOS BIENES Y DEBERÁ RESTITUIRLOS DOBLADOS”

¹ Referencia jurisprudencial tomada de CONTRATO MERCANTILES. PEÑA NOSSA, Lisandro. Editorial Temis. 2010. Pág. 276

(...)

La parte actora solicita en la demanda que se imponga a la demanda señora Margarita Duque Gómez, la sanción prevista en el artículo 1824 del Código Civil por haber enajenado un bien con el fin de defraudar la sociedad patrimonial constituida entre la citada y el fallecido Gabriel Piñeros Ríos.

(...)

La parte demandada, por intermedio de su apoderado judicial, asegura que la sentencia de primera instancia es coherente y armónica entre el supuesto fáctico y el derecho esgrimido.

Que se sostiene en la demanda que Margarita Duque Gómez sustrajo de la sociedad patrimonial un inmueble rural denominado distinguido con la matrícula inmobiliaria No. 50N-86136 y que está demostrado que ese bien existía para el mes de enero de 1998, cuando falleció el señor Piñeros pero que se trataba de un bien propio de la citada señora porque lo adquirió con el dinero producto de la liquidación de un contrato de trabajo que ella ejerció.

(...)

La ley 54 de 1990 en su artículo 7º preceptúa que:

“A la liquidación de la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes se aplicarán las normas contenidas en el Libro 4º Título XII, Capítulos I al VI del Código Civil...”

Es así entonces que para el presente asunto es aplicable lo dispuesto en el artículo 1824 del Código Civil, disposición esta que establece:

“Aquél de los dos cónyuges o sus herederos, que dolosamente hubiere ocultado o distraído alguna cosa de la sociedad, perderá su porción en la misma cosa, y será obligado a restituirla doblada” .

Previo a analizar la prueba relatada, considera la Sala que es importante traer a colación apartes de jurisprudencia que sobre el particular ha sentado la H. Corte Suprema de Justicia:

En sentencia de fecha 14 de diciembre de 1990, la Sala de Casación Civil expuso: ***“La sanción prevista en el precepto transcrito es la condigna de una intención fraudulenta o dolosa atribuida a uno de los cónyuges, orientada a hacer que el otro no tenga o se le dificulte tener lo que le corresponda a propósito de la liquidación de la sociedad conyugal. Ese proceder se refleja en la ocultación o distracción de alguna cosa perteneciente al haber social. Ocultar algo, según el diccionario de la Real Academia Española es ‘esconder, tapar, disfrazar, encubrir a la vista... callar advertidamente lo que se pudiera o debiera decir, o disfrazar la verdad’; y distraer significa ‘divertir, apartar, desviar, alejar’.***

“Atendida, pues, la regla de hermenéutica consistente en que ‘las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras’ –art. 28 C.C.–, se infiere que la sanción de la que se trata está destinada a reprimir aquella conducta dolosa del cónyuge con la que se busca defraudar al otro con desmedro

de sus intereses en la partición de los bienes sociales, valiéndose ya de actos u omisiones que se acomodan al significado de la ocultación, u ora distrayendo bienes, esto es, alejándolos de la posibilidad de ser incorporados en la masa partible, como se puede considerar todo acto de disposición de los mismos que conduzca a disminuir la masa de bienes sociales o a hacer dispendiosa o imposible su recuperación por parte del cónyuge afectado. De allí que el acto fraudulento no siempre tiene que ser oculto. También puede proyectarse la defraudación con actos reales o aparentes que obren en instrumentos que tengan el carácter de públicos, y que, celebrados dolosamente, apartan un bien del haber conyugal con desmedro o menoscabo de los intereses del cónyuge víctima de ellos”

En sentencia de fecha 25 de abril del año 1991, con ponencia del doctor Héctor Marín Naranjo, se expuso: **“Desaparecida la incapacidad civil de la mujer casada mayor de edad y la jefatura única de la sociedad conyugal por parte del marido, por virtud de la Ley 28 de 1932, tanto éste como aquélla hállanse facultados para administrar y disponer libremente de sus bienes entendiendo por tales los de su exclusiva propiedad y los que, a pesar de tener el carácter de gananciales, se radican en cabeza de uno o de otro. Porque, como lo interpretó la Corte desde 1937 ‘...la sociedad (conyugal) tiene, desde 1933, dos administradores, en vez de uno; pero dos administradores con autonomía propia, cada uno sobre el respectivo conjunto de bienes muebles e inmuebles aportados al matrimonio o adquiridos durante la unión, ya por el marido, ora por la mujer”** (G.J. t. XLV, Págs. 630 y ss.).

”Esta facultad de administrar y de disponer libremente se ve recortada cuando la sociedad se disuelve; a partir de este evento, cada uno de los esposos sólo puede disponer de los bienes que sean suyos exclusivamente, desde luego que en nada los afecta la disolución de la sociedad. Por este hecho, emerge la indivisión o comunidad de gananciales, y mientras perdure este estado, o sea, entretanto se liquide y se realicen la partición y la adjudicación de bienes, cada cónyuge pierde la facultad que tenía de administrar y de disponer libremente de los bienes sociales. El desconocimiento de esta situación, o sea, el que por uno de los cónyuges se venda un bien que tiene la condición social, puede dar lugar al fenómeno de la venta de cosa ajena, como reiteradamente lo ha expuesto la jurisprudencia de la Corte.

”Pero también puede desencadenar la sanción contemplada por el artículo 1824 del Código Civil, la cual encuéntrase enderezada a reprimir toda conducta dolosa de uno de los cónyuges que distraiga (es decir, aparte, desvíe o aleje) bienes de la masa partible, con la consecuente defraudación para el otro, que se manifiesta en el hecho de su no participación en ese bien, separado de la manera dicha de la masa social partible”

(...)

De suerte que, disuelta la sociedad conyugal cada uno de los cónyuges solo puede disponer libremente de los bienes propios; de otro lado, no siempre

tiene que ser oculto el acto dispositivo contemplado en el art. 1824 del C.C. y la sanción que consagra esta norma es aplicable cuando se enajenan bienes antes de la liquidación de la sociedad conyugal y después de su disolución.

Del análisis de la prueba antes aludida, se concluye que está probado con las correspondientes decisiones judiciales (sentencias de primera y segunda instancia) que entre el fallecido Gabriel Piñeros Ríos y la señora Margarita Duque Gómez existió unión marital de hecho y sociedad patrimonial desde el 31 de diciembre de 1990, hasta el 28 de enero de 1998.

Además, se ha acreditado que la demanda que dio origen al proceso ordinario aludido en inciso inmediatamente anterior, fue instaurada por Margarita Duque Gómez (aquí demandada), en contra de los herederos del señor Gabriel Piñeros Ríos, con los documentos que obran a folios 92 al 95 cuad. 1.

De otro lado, ha quedado acreditado con el certificado de tradición y libertad del inmueble denominado Las Mercedes, distinguido con la matrícula inmobiliaria 50N-86136, que obra a folios 27 y 28, fue adquirido a título oneroso por la aquí demandada señora Margarita Duque Gómez, el 18 de junio de 1993, tal como aparece en la anotación número 8 del citado documento; de suerte que ese bien era social, toda vez que se adquirió dentro de la vigencia de la sociedad patrimonial que tuvo la citada señora con Gabriel Piñeros Ríos, por cuanto la misma tuvo vigencia durante el periodo comprendido entre el 31 de diciembre de 1990, hasta el 28 de enero de 1998.

Igualmente, quedó plenamente acreditado que la demandada Margarita Duque Gómez, dispuso del inmueble antes citado el 6 de junio de 2000 (ver anotación No. 9 certificado de tradición y libertad del bien folios 27 y 28 cuad.1) cuando ya se había disuelto la sociedad patrimonial que ella tuvo con el señor Gabriel Piñeros Ríos, porque este último falleció el 28 de enero de 1998, tal como consta en el correspondiente registro de defunción (folio 136 cuad.1).

Además, obsérvese que dicha enajenación la demandada la hizo consciente que existía la sociedad patrimonial y que la misma estaba disuelta, porque fue aquella quien instauró la demanda para obtener su declaratoria, además fue conocedora que dentro del proceso la parte pasiva estaba solicitando una medida cautelar sobre ese bien.

Es así que, en efecto, en el caso en discusión se han probado los hechos sustento de la demanda; es decir, que Margarita Duque Gómez actuó de manera dolosa porque sabía que el inmueble tantas veces referido hacía parte del haber social y lo distrajo en desmedro de los intereses de los herederos de su compañero permanente (aquí demandantes).

Por lo expuesto, ha de concluir la Sala que la sentencia motivo de estudio ha de ser revocada en su integridad y en su lugar se accederá a declarar prósperas las pretensiones de la demanda, esto es se declarará que la demandada señora Margarita Duque Gómez pierde la porción a que pudiese tener derecho sobre el inmueble denominado Las Mercedes, distinguido con la matrícula inmobiliaria 50N-86136; también se ordenará de acuerdo con el art. 1824 del C. C., que la citada, restituya a la sucesión de Gabriel Piñeros Ríos doblado el valor actual del inmueble referido en literal inmediatamente anterior; por lo tanto, la suma a restituir es de \$461.600.000.00, teniendo como base el

dictamen pericial realizado en esta instancia con el fin de avaluar el valor actual del inmueble rural, el que se observa a folios 54 a 56 del cuaderno de la presente instancia, y que arrojó como resultado un avalúo de \$230.800.000.oo. “(...)

FUENTE NORMATIVA	: ARTÍCULOS 28, 1824 C.C.
	: ARTÍCULO 7° LEY 54 DE 1995 DEL C.P.C.
	: LEY 28 DE 1932
	: Sala de Casación Civil Sentencia del 25 de abril de 1991.
	: Sentencia de 16 de diciembre de 2003 ponente Manuel Isidro Ardila
FECHA	: 2011-08-19
PROCESO	: ORDINARIO
PONENTE	: Dr. JAIME HUMBERTO ARAQUE GONZÁLEZ
DEMANDANTE	: FIORELLA PIÑEROS BAÑOS
DEMANDADO	: MARGARITA DUQUE GÓMEZ
RADICACIÓN	: 11001311001820060095801 (5591)
DECISIÓN	: REVOCA

1.3. 1.Sala Laboral

Tema: “DE LO ANTERIOR SE ESTABLECE CON ABSOLUTA CLARIDAD QUE NO ES POSIBLE QUE UN JUZGADO DE INFERIOR CATEGORÍA (MUNICIPAL) SUSCITE UN CONFLICTO NEGATIVO DE COMPETENCIA CON SU SUPERIOR FUNCIONAL (CIRCUITO), POR LO QUE EN EL PRESENTE ASUNTO NO HAY CONFLICTO ALGUNO Y COMO CONSECUENCIA DE ELLO LA SALA SE ABSTENDRÁ DE SU CONOCIMIENTO Y ESTUDIO Y ORDENARA QUE SEA ENVIADO EL PRESENTE PROCESO AL JUZGADO 3º MUNICIPAL DE PEQUEÑAS CAUSAS LABORALES DE BOGOTÁ PARA QUE SIGA CONOCIENDO DEL PROCESO PROMOVIDO POR MARÍA MÁXIMA ZUBIETA GUTIÉRREZ EN CONTRA DE DON VAPOR S. A., NO SIN ANTES PREVENIR AL FUNCIONARIO PARA QUE SE ABSTENGA DE INCURRIR EN TAN ELEMENTALES ERRORES QUE TANTO DESDICEN DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA.
(...)

En verdad resulta sorprendente la ligereza del juez de pequeñas causas y el desconocimiento de las normas que regulan nuestra estructura procesal y el sistema jerárquico de la judicatura colombiana.

El Art. 28 del CPC establece:

“ARTÍCULO 28. CONFLICTOS DE COMPETENCIA. Los conflictos de competencia que se susciten entre los tribunales superiores, entre un tribunal y un juzgado de otro distrito o entre dos juzgados de distintos distritos judiciales, serán resueltos por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia.
Los que ocurran entre juzgados de igual o diferente categoría, de distintos circuitos, pero dentro de un mismo distrito, serán resueltos por la sala civil del respectivo tribunal; aquéllos que se presenten entre juzgados municipales de un mismo circuito, por el juez de éste; y los que no estén atribuidos a la Corte Suprema de Justicia ni a los jueces de circuito, por los tribunales superiores de distrito judicial.”

De lo cual se infiere con toda claridad que no hay conflicto entre juzgados municipales y del circuito de la misma especialidad, pertenecientes al mismo circuito y al mismo distrito judicial, como es el caso que aquí ocurre.

Olvido el juez de pequeñas causas que nuestra jurisdicción es jerarquizada y por tanto “en virtud de esta característica, una determinación tomada por el superior debe ser obligatoriamente cumplida por el inferior, so pena de que si no lo hace genere una nulidad dentro del proceso e, inclusive, incurra en ilícito contra la administración de justicia, mirando siempre el caso concreto, pues si de otro proceso se trata, se reitera, no

obliga el parecer del superior.”²(Negrilla y subrayado fuera del texto) y que “De acuerdo con el C. de P. C. el conflicto de competencia tiene las siguientes características:

- 1.- Se puede suscitar de oficio o a petición de parte;
- 2.- **Los funcionarios en conflicto pueden ser de diferente categoría, pero nunca directamente subordinados;**
- 3.- *La actuación cumplida hasta el momento de proposición del conflicto conserva toda su validez.”*³(Negrilla y subrayado fuera del texto).

De lo anterior se establece con absoluta claridad que no es posible que un Juzgado de inferior categoría (Municipal) suscite un conflicto negativo de competencia con su superior funcional (circuito), por lo que en el presente asunto no hay conflicto alguno y como consecuencia de ello la Sala se abstendrá de su conocimiento y estudio y ordenara que sea enviado el presente proceso al Juzgado 3º Municipal de Pequeñas Causas Laborales de Bogotá para que siga conociendo del proceso promovido por María Máxima Zubieta Gutiérrez en contra de Don Vapor S. A., no sin antes prevenir al funcionario para que se abstenga de incurrir en tan elementales errores que tanto desdicen de la administración de justicia”.(...)

FUENTE NORMATIVA : ARTÍCULOS 28 C.P.C.

FECHA : 2011-09-21
PROCESO : CONFLICTO NEGATIVO DE COMPETENCIA
PONENTE : Dr. LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
DEMANDANTE : ENTRE JUZGADOS 3º DE PEQUEÑAS CAUSAS Y 21 LABORAL
: DEL CIRCUITO
RADICACIÓN : 2011 00497

1.3.2.

“CON LO ANTERIOR, CONCLUYE LA SALA QUE LA SEÑORA NIDYA RAMÍREZ NO COMETIDO NINGUNA INFRACCIÓN DE LAS ESTABLECIDAS EN EL ART. 71 NO. 4 DEL CPC, POR LO QUE EL JUEZ DE PEQUEÑAS CAUSAS LE IMPUSO UNA SANCIÓN POR UN EVENTO QUE NO ESTA CONTEMPLADO EN LA LEGISLACIÓN CIVIL A LA CUAL NOS REMITIMOS POR REMISIÓN DEL CPT Y DE LA SS.(...)

Respecto a la sanción impuesta por el Juez Segundo de Pequeñas Causas debemos remitirnos al Art. 71 No. 7º del CPC, que fue la causal que encontró el funcionario para proceder a imponer la multa, dicha normatividad establece lo siguiente:

“ARTÍCULO 71. DEBERES DE LAS PARTES Y SUS APODERADOS. <Artículo modificado por el artículo 1, numeral 27 del Decreto 2282 de 1989. El nuevo texto es el siguiente:> Son deberes de las partes y sus apoderados:

- (...)
7. Abstenerse de hacer anotaciones marginales o interlineadas, subrayados o dibujos de cualquier clase en el expediente, so pena de incurrir en multa de un salario mínimo mensual.”

Al respecto, observa la Sala que a folio 6 vuelto se encuentra una nota por parte de Nydia Ramírez que dice lo siguiente:

“Comparecí al Despacho hoy 4 de Agosto del año 2011 a la hora de las 4:00 pm con el fin de adelantar la Audiencia de fallo, pero por error involuntario del Despacho se escribió 4 y es 5 de Agosto. Razón por la cual eleve petición de aplazamiento porque no puedo estar en la ciudad”

Para la Sala poder establecer si en efecto la señora Nidya Ramírez incumplió con el deber establecido en el No. 7º del Art. 71 del CPC, se debe analizar cada uno de las prohibiciones que allí se mencionan:

² López Blanco. Hernán Fabio, Procedimiento Civil. Tomo 1. Editores Dupré. Pag. 156

³ López Blanco. Hernán Fabio, Procedimiento Civil. Tomo 1. Editores Dupré. Pag. 230

- 1. **Anotaciones Marginales:** estas son notas que se hacen al margen derecho o izquierdo del texto; este prepuesto no se cumple pues como se dijo anteriormente la nota se dejo en el reverso del informe secretarial.
- 2. **Anotaciones Interlineada:** Escribir entre renglones; evento que no se cumple, puesto que la demandante no escribió en e informe secretarial.
- 3. **Subrayado:** Subrayar parte del texto, tampoco paso en el proceso, pues analizando el documento visible a folio 6 de la acción de tutela se concluye de manera somera que el texto no esta subrayado.
- 4. **Dibujos de cualquier clase:** Sobre este último evento debe resaltar la Sala que esta prohibición tampoco se configura, pues en el informe secretarial no se evidencia dibujo alguno.

Con lo anterior, concluye la Sala que la señora Nidya Ramírez no cometido ninguna infracción de las establecidas en el Art. 71 No. 4 del CPC, por lo que el Juez de Pequeñas Causas le impuso una sanción por un evento que no esta contemplado en la legislación civil a la cual nos remitimos por remisión del CPT y de la SS.

Así las cosas, esta Sala encuentra evidencia de la violación al derecho fundamental al debido proceso por parte del Juzgado 2º Municipal de Pequeñas Causas Laborales de Bogotá, por lo que se revocará el fallo de tutela y como consecuencia de ello se tutelaré el derecho fundamental al debido proceso y revocará el auto de fecha 5 de agosto de 2011 por medio del cual se le impuso multa a 1 salario mínimo a la señora Nidya Jeannette Ramírez Nieto”.(...)

FUENTE NORMATIVA : ARTÍCULO 71 NUMERAL 4º C.P.C.	
	: DECRETO 2591 DE 1991
	: ARTÍCULO 29 C.P.
	: ARTÍCULO 2º DECRRETO 306 DE 1992
FECHA	: 2011-12-15
PROCESO	: ACCIÓN DE TUTELA DE SEGUNDA INSTANCIA
PONENTE	: Dr. LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
DEMANDANTE	: NIDIA JEANNETTE RAMÍREZ NIETO
DEMANDADO	:UZGADO 2º MUNICIPAL DE PEQUEÑAS CAUSAS DE BOGOTÁ
RADICACIÓN	: 2011 00017

SALA PENAL

1. PROVIDENCIAS DE ÉSTA CORPORACIÓN

1.1. M. P. HERNÁNDEZ PEÑA DAGOBERTO Rad. 110016000019201001781 01 (06-03-12) DELITOS SEXUALES – Deben interpretarse de tal manera que no incorporen discriminación alguna contra la mujer – La existencia de vínculo matrimonial, unión marital, relación sentimental o de pareja no excluye o justifica la perpetración de comportamientos de índole violenta que afecten la libertad sexual, sino que por el contrario tales circunstancias implica una mayor intensidad del injusto, y un mayor grado de reproche – La sola existencia de uno de estos vínculos no permite presumir la aquiescencia en la relación sexual - Tolerancia y falta de denuncias previas frente a actos similares previos no resta credibilidad al testimonio o denuncia de la víctima.

“2.- REFLEXIONES PRECEDENTES.- Antes de entrar la Sala de Decisión en la materia que corresponde a los recursos interpuestos, procederá a realizar algunas precisiones teóricas respecto de los derechos de la mujer y su avance en nuestra sociedad, pues el operador de justicia no puede ser ajeno a ellos y sin perder el equilibrio que debe caracterizarlo, sensibilizarse con la problemática que día a día ocupa espacios de la prensa hablada y escrita de nuestro país y el mundo entero.
(...)

Acorde con el marco normativo reseñado, se tiene que los delitos sexuales en general, y, en especial el tipo de *acceso carnal violento* previsto en el artículo 205 de la ley 599 de 2000, no sólo buscan prevenir, castigar y erradicar específicos comportamientos de los que, en la práctica, suelen ser víctimas las mujeres, sino que, al mismo tiempo, deben ser interpretados por todos los operadores de la norma de manera tal que no incorporen discriminación contra aquéllas, ya sea por costumbres, prácticas e intervenciones en apariencia ajustadas a derecho, o por cualquier otra clase de manifestación que en forma directa o indirecta contenga prejuicios, estereotipos o patrones de conducta tendientes a exaltar, sugerir o proponer la superioridad de un sexo sobre otro.

Es necesario adecuar las prácticas del derecho a los parámetros nacionales e internacionales en materia de protección de la mujer, sin caer en restricciones del derecho del procesado a una representación eficaz y un juzgamiento imparcial⁴; pero manteniendo el respeto máximo por los derechos fundamentales de la mujer sin estereotipos como el de madre abnegada, novia fiel y esposa sumisa, o señalamiento de circunstancias como la virginidad, la ineptitud o la pasividad.

(...)

Es por ello que no en vano las normas que integran el bloque de constitucionalidad a que se refiere el artículo 93 de la Carta Política contemplan al *acceso carnal violento*, o violación, como una de las manifestaciones más graves de la delincuencia sexual cometida en contra de la mujer, sobre todo cuando se presenta en el hogar o proviene de sujetos con los que la víctima tiene relaciones interpersonales o de parentesco.

Así lo ha concluido la Corte Constitucional:

“[...] las mujeres están también sometidas a una violencia, si se quiere, más silenciosa y oculta, pero no por ello menos grave: las agresiones en el ámbito doméstico y en las relaciones de pareja, las cuales son no sólo formas prohibidas de discriminación por razón del sexo [...], sino que pueden llegar a ser de tal intensidad y generar tal dolor y sufrimiento, que configuran verdaderas torturas o, al menos, tratos crueles prohibidos por la Constitución [...] No se puede entonces invocar la intimidad y la inviolabilidad de los hogares para justificar agresiones contra las mujeres en las relaciones privadas y domésticas. Es más, esta violencia puede ser incluso más grave que la que se ejerce abiertamente, pues su ocurrencia en estos ámbitos íntimos la convierte en un fenómeno silencioso, tolerado e incluso, a veces, tácitamente legitimado”⁵.

Manteniendo esa perspectiva de la problemática, el Tribunal Constitucional retiró del ordenamiento jurídico el artículo 25 de la ley 294 de 1996⁶, presentando, entre otros argumentos, que *“la existencia de un vínculo legal o voluntario no comporta la enajenación de la persona”⁷*, que *“[l]a libertad sexual no admite gradaciones, pues ello implicaría considerar a algunas personas menos libres que otras”⁸*, y que *“[l]a lesividad del hecho es mayor cuando la víctima está unida al agresor por vínculo matrimonial o marital”⁹*:

De esta manera se ha venido criticando y revaluando la idea equivocada y prejuiciosa de que si un hombre en alguna oportunidad accede carnalmente a una mujer con su consentimiento, tal antecedente lo habilita para hacerlo cuantas veces se le antoje sin importar la voluntad de esta última.

En este orden de ideas, la existencia de vínculos matrimoniales, uniones maritales, relaciones sentimentales o de cualquier otra índole en la pareja, de modo alguno puede excluir o justificar la perpetración de comportamientos de índole violenta que afectan la libertad sexual y la dignidad de la persona. Por el contrario, la verificación de tales circunstancias implica una mayor intensidad del injusto, y por tanto un mayor grado de reproche, en la medida en que hayan surgido especiales deberes de solidaridad o estrechas comunidades de vida entre los implicados.

En tales eventualidades, es muy importante la versión de la víctima en cuanto a confirmación de las circunstancias que rodearon el acontecer fáctico, esto es, la constatación de la real existencia del hecho, y, la persistencia en la incriminación, que debe ser sin ambigüedades y contradicciones, cuidando al máximo lo emocional de su relato, que en efecto, puede estar acompañado de rencor, odio o interés distinto de poner en conocimiento de la justicia una conducta punible.

(...)

En el asunto sometido a consideración, los recurrentes indicaron que fue equivocado el proceso de valoración del a-quo, incidiendo en la definición del asunto a favor del procesado, porque exigió que la violencia que caracteriza al delito de acceso carnal atribuido a GOMEZ CASAS, se viera reflejada físicamente en el cuerpo de la mujer agredida y, adicionalmente, cuestionó que tratándose de conducta reiterativa, no hubiese acudido a la administración de justicia desde el principio.

En cuanto a lo primero, es evidente que en los delitos de estirpe sexual en los que intervienen personas adultas y que han tenido una relación sentimental anterior, es determinante el consentimiento de una y otra, pues como se refirió en el marco teórico de esta decisión, no por el hecho de tal cercanía se supone la aquiescencia en la relación sexual.

Si ha mediado la violencia, se excluye el consentimiento en la medida en que ya no sería un acto de libertad o disposición del titular del bien jurídico, ese actuar en contra de la libertad del afectado corresponde a un elemento del tipo, pues la ley exige de manera expresa que la víctima haya sido objeto de violencia o coacción, por lo cual de paso, no es procedente estimar si debió haberse comportado de alguna manera en aras de no facilitar la producción del resultado típico, por la sencilla razón de que la creación del riesgo no permitido, es decir, la acción tendiente a doblegar la voluntad de la otra persona le concierne única y exclusivamente al autor.

Adicionalmente, de ninguna manera es posible sostener que el sujeto pasivo, cuando es sometido a una situación de constreñimiento, fuerza o coacción, tiene poder de control sobre la asunción del peligro. Cuando el sujeto activo se vale de cualquier vía de hecho o agresión contra la libertad física o la libertad de disposición del sujeto pasivo, resulta suficiente para adecuar el tipo penal en la medida en que vence la resistencia de la persona.

Ha dicho el máximo Tribunal de Justicia que:

“[...] lo importante no es especificar en todos y cada uno de los casos la modalidad de la violencia empleada por el agresor, sino la verificación desde un punto de vista objetivo y ex ante que la acción desplegada fue idónea para someter la voluntad de la víctima”¹⁰.

Además, el empleo de la violencia ni siquiera tiene que ser concomitante a la perpetración de la acción que configura el acceso carnal o acto sexual:

“Importa recabar y volver la atención una vez más hacia la violencia que, como bien lo señaló el procurador recurrente con apoyo en la doctrina española, no es la que se emplea en la realización del comportamiento sexual reprochado sino la utilizada para doblegar la voluntad de la víctima [...]”

Por lo tanto, contrario a lo afirmado por el a-quo haciendo eco a la defensa y la agencia ministerial, “la violencia (física o moral) [...]”

⁴ Sentencia 2 de septiembre de 2008, radicación 25153: “[...] de acuerdo con el numeral 11 de la observación 13 al artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la ONU [el derecho a una representación eficaz] implica el deber de ‘actuar diligentemente y sin temor, valiéndose de todos los medios de defensa disponibles’”.

⁵ Corte Constitucional, sentencia C-408 de 1996.

⁶ Artículo 25 [ley 294 de 1996]-. Violencia sexual entre cónyuges. El que mediante violencia realice acceso carnal o cualquier acto sexual con su cónyuge, o quien cohabite o haya cohabitado, o con la persona que haya procreado un hijo, incurrirá en prisión de seis (6) meses a dos (2) años. La acción penal por este delito sólo procederá por querrela de la víctima.

⁷ Corte Constitucional, sentencia C-285 de 1997.

⁸ Ibídem.

⁹ Ibídem.

¹⁰ Ibídem.

no puede identificarse con la que se emplea para consumir el acceso antijurídico, ni mucho menos con el tiempo que puedan durar los vejámenes”¹¹.

Es por ello que el elemento normativo del tipo, no se desvirtúa ante la ausencia de huellas de daño corporal, gritos o actos de resistencia física de la víctima, porque el sometimiento de su voluntad puede incluir el control de cualquier reacción por parte de ésta¹², ni tampoco es indicio de un acceso no violento o consentido el que la persona agredida tenga comportamiento aparentemente normal después de lo sucedido.

Lo realmente relevante en estos eventos es que el sujeto agente quebrante la voluntad del sujeto pasivo a través de actos de fuerza para obligarla a permitir la penetración anal, vaginal u oral del miembro viril o de cualquier otro objeto o parte del cuerpo humano.

“Y ello es así, porque lo tutelado en particular mediante ese delito es la libertad de la persona referida a la capacidad de disponer de su cuerpo para la satisfacción de su sexualidad, con ocasión de la cual puede elegir con autonomía, sin interferencias de su voluntad, el momento, la persona y el placer que desea”¹³.

En el caso sometido a estudio, se ha constatado un historial de violencia intrafamiliar y ruptura de la relación de pareja de años atrás, y, una posición preponderante del hombre sobre la pasividad y tolerancia de la esposa, muy seguramente impuesta por las normas sociales y familiares que hacen que muchas mujeres como el estudio del Ministerio de la Protección Social lo determinó, prefieran callar la afrenta y aparentar normalidad.

Por consiguiente, y aquí se refiere la Sala al segundo aspecto tenido en cuenta por el a-quo para sustentar el fallo absolutorio, no por el hecho de que la denunciante soportara en silencio muchas de las agresiones sufridas de parte de ALEXANDER GOMEZ, tolerara la difícil y tormentosa relación, se le resta fuerza probatoria a su denuncia; pues no puede negársele el derecho que tiene en un acto valeroso, rompiendo esquemas y paradigmas, de acudir a la justicia luego de ser víctima de reiterada agresión.

Este Tribunal encuentra que los hechos antecedentes en torno a violencia intrafamiliar denotan la situación de vulnerabilidad y de debilidad manifiesta en la que se encontraba la señora Esguerra Enciso, que le impedía adoptar la decisión de apartarse de su compañero permanente y de poner en conocimiento de la administración de justicia la situación íntima que estaba viviendo. Y es que no es lo mismo acudir a una Comisaría de Familia para pedir protección por ultrajes y maltratos que tener que enfrentarse por medio de la administración de justicia a exponer en público el ataque sexual de parte de su esposo y padre de sus hijos.

(...)

De manera que esa revelación tardía de los hechos acontecidos el 11 de noviembre y el 12 de diciembre de 2009, resulta explicable y no desvirtúa *per se* la versión de la ofendida.

La mencionada superioridad queda también evidenciada cuando la víctima no presentó resistencia en forma de gritos, golpes o llamadas de auxilio para evitar el acceso carnal, de manera que el vigilante o la vecina se hubiesen percatado de situación anormal como lo expresaron el a-quo y los no recurrentes. Insistiéndose una vez más, que la violencia ejercida para doblegar la voluntad de la víctima, que es la jurídicamente relevante, puede excluir cualquier reacción en los aludidos aspectos, aparte de que la concurrencia de tal ingrediente normativo excluye la posibilidad de exigirle al sujeto pasivo la activación de mecanismos de auto tutela y protección.

La razón es muy sencilla: instinto de supervivencia. Si el ser humano es agredido y sometido por la fuerza, la reacción es no provocar más violencia y buscar así que el ataque termine para procurarse protección bien en la familia, los amigos o la justicia, como último mecanismos para poner punto final a las agresiones que por miedo en ocasiones anteriores no fueron denunciadas.”

Relatoría/consulta/2012/Providencias incluidas en los boletines

1.2. M. P. HERNÁNDEZ PEÑA DAGOBERTO Rad. 110016000017200708695 01 (29-03-12) INDEMNIZACIÓN INTEGRAL – Efectos en la Ley 906 de 2004 – Cuando se produzca bajo las condiciones del numeral 1º del artículo 324 debe acudirse al principio de oportunidad, y sólo en los casos en que la reparación se verifique con posterioridad al juicio, es decir, cuando ha expirado la oportunidad procesal de dicha figura, es pertinente el análisis del artículo 42 de la Ley 600 de 2000 por favorabilidad.

“Prevé el artículo 332 de la Ley 906 de 2004, que el Fiscal solicitará la preclusión de la investigación en los siguientes casos: ante la “1. “Imposibilidad de iniciar o continuar el ejercicio de la acción penal”.

Impedimento que, sin embargo, deriva el ente investigador de la indemnización integral que se ha suscitado en el diligenciamiento y lo llevan a pregonar la aplicación del artículo 42 de la Ley 600 de 2000 por favorabilidad.

En ese orden de ideas, lo que pretenden los recurrentes, así lo entiende la Sala, es en realidad definir si en este caso es posible declarar la *cesación de procedimiento* por extinción de la acción penal derivada de la indemnización de perjuicios como lo preveía la Ley 600 ya mencionada.

En efecto, la Fiscalía delegada presentó ante el Juzgado 1º Penal del Circuito de conocimiento solicitud de *preclusión* con fundamento en la causal 1ª del artículo 332 de la Ley 906 de 2004; sin embargo, al realizar la sustentación de la misma aludió expresamente a “*extinción de la acción penal por indemnización integral*.”

Postura que junto con la defensa, reiteró en la sustentación de la impugnación, aludiendo a la viabilidad de aplicar en el presente caso, por favorabilidad, lo consagrado en el artículo 42 de la Ley 600 de 2000.

La indemnización integral no aparece prevista en la Ley 906 de 2004 como causal para extinguir la acción penal, sino como uno de los fundamentos del *principio de oportunidad*, como lo indica el numeral primero del artículo 324, modificado por la Ley 1312 de 2009, del siguiente tenor:

“1. Cuando se trate de delitos sancionados con pena privativa de la libertad cuyo máximo señalado en la Ley no exceda de seis (6) años o con pena principal de multa, siempre que se haya reparado integralmente a la víctima conocida o individualizada; si esto último no sucediere, el funcionario competente fijará la caución pertinente a título de garantía de la reparación, una vez oído el concepto del Ministerio Público.”

Figura que al tenor del artículo 323 ibídem, es procedente “hasta antes de la audiencia de juzgamiento”; por consiguiente, como acertadamente lo definió el a-quo, la reparación del daño suscitada en este proceso, habilita la solicitud de aplicación del *principio de oportunidad*, en cuanto no ha expirado la posibilidad de darle curso por no haberse superado el juicio.

¹¹ Sentencia 17 de septiembre de 2008, radicación 21691.

¹² Ibídem.

¹³ Sentencia 4 de marzo de 2009, radicación 23909.

Sin que ello quiera decir, como lo entienden los apelantes, que se esté obligando a proseguir el trámite para después solicitar la cesación por indemnización integral, puesto que estando el ente acusador en oportunidad de aplicar el numeral 1° del artículo 324 de la Ley 906 de 2004, a él debe atenderse como forma de terminación del proceso, prevista en desarrollo de la política criminal que orienta el sistema penal acusatorio y que tiene como fines activar la solución de los conflictos, procurar la reparación de los perjuicios y lograr la participación del procesado en la definición del caso, entre otros.

Así se infiere de los postulados jurisprudenciales referidos por los recurrentes, contenidos en la decisión del 13 de abril de 2011 siendo Magistrada ponente la doctora María del Rosario González de Lemos, al encontrar procedente aplicar por favorabilidad el artículo 42 de la ley 600 de 2000 pero en un caso regido por la Ley 906 de 2004 en el que se había extinguido la posibilidad procesal de terminar el proceso por virtud del principio de oportunidad. Preciso el máximo Tribunal:

“...para el actual momento procesal, cuando ya se ha proferido fallo de segunda instancia, resulta inviable. ...

En ese orden de ideas, cabe preguntarse si, ante la ausencia de regulación de un mecanismo de extinción a esta altura procesal, es posible acudir, como lo plantean los defensores, al instituto de cesación de procedimiento por indemnización integral contemplado en el artículo 42 de la Ley 600 de 2000. ...

En el caso de la especie, como ya se dijo, de lo que se trata es de establecer si resulta procedente acudir al instituto de la reparación integral consagrado en el artículo 42 de la Ley 600 de 2000, como causal de extinción de la acción penal, para momentos posteriores a la audiencia de juzgamiento o de juicio oral cuando ya ha expirado la posibilidad de tramitarlo por la vía del principio de oportunidad, ...

....

De modo que, ningún obstáculo encuentra la Sala para aplicar en esta coyuntura procesal la figura de la extinción de la acción penal por indemnización integral, más aún si con la solución aparecen satisfechas las demandas de justicia y verdad de la víctima quien, precisamente, como atrás se reseñó, se une a la petición de procesados y defensores en el sentido de que se declare la extinción de la acción penal... ..”¹⁴ (Subrayas fuera de texto)

Para la Sala está claro, que en los eventos de la Ley 906 de 2004 donde se produzca la indemnización integral bajo las condiciones del numeral 1° del artículo 324, la forma prevista por el legislador para dar por terminado el proceso es el principio de oportunidad. Y sólo en los casos en que la reparación se verifique con posterioridad al juicio, es decir, cuando ha expirado la oportunidad procesal de dicha figura, es pertinente el análisis del artículo 42 de la Ley 600 de 2000 por favorabilidad.

De manera que estando este diligenciamiento en el trámite previo a la audiencia preparatoria, resulta procedente acudir al principio de oportunidad como forma de terminación del proceso por indemnización integral, como lo concluyó el a-quo en la decisión que esta instancia mantendrá por ajustarse a la legalidad.”

Relatoría/consulta/2012/Providencias incluidas en los boletines

1.3. M. P. HERNÁNDEZ PEÑA DAGOBERTO, Rad. 110016000012200604495-02 (13-04-12) LIBERTAD INMEDIATA INDICADA EN EL PARÁGRAFO 1° DEL ARTÍCULO 29-B DE LA LEY 65 DE 1993, ADICIONADO POR EL ARTÍCULO 9° DEL DECRETO 2636 DE AGOSTO 19 DE 2004 – Requisitos para concederla - La norma no impone que la indemnización integral corresponda a la condena impuesta en el fallo, por lo que su reconocimiento y pago puede provenir de una conciliación o acuerdo extraprocesal, o darse con ocasión a un juicio ordinario.

“Se evidencia entonces, que el problema jurídico que debe resolver la Sala radica, en determinar si realizada la indemnización integral de perjuicios por parte del condenado **Piraneque Tocarruncho** después de ejecutoriada la sentencia condenatoria, es procedente disponer su libertad inmediata en virtud de lo dispuesto en el actual artículo 29B de la Ley 65 de 1993, o por el contrario se debe confirmar el auto recurrido en cuanto que como lo concibió el a-quo, a su otorgamiento se antepone el hecho de que por voluntad del representante de la víctima, dentro del proceso penal no se emitió condena por daños y perjuicios, ora porque le fue denegado al sentenciado el subrogado penal por no satisfacerse el presupuesto subjetivo debido a la existencia de antecedentes penales por igual comportamiento delictivo.

Frente al problema planteado, el citado parágrafo 1° del artículo 29-B de la Ley 65 de 1993, adicionado por el artículo 9° del Decreto 2636 de agosto 19 de 2004, dispone: “ PARÁGRAFO 1o. Cuando se trate de una conducta punible que admita la extinción de la acción penal por indemnización integral, conciliación o desistimiento y se repare integralmente el daño con posterioridad a la condena, no procederá el mecanismo de seguridad electrónica sino la libertad inmediata...”

Conforme a lo anterior, la Sala colige que se requiere de dos requisitos para acceder incondicional e inmediatamente a la libertad solicitada por el condenado: a.- que se trate de una conducta punible que admita la extinción de la acción penal, por indemnización integral, conciliación o desistimiento, y b.- que con posterioridad a la ejecutoria del fallo condenatorio se repare integralmente el daño ocasionado con el hecho punible.

--- Para resolver sobre el primer presupuesto, la Sala acudirá a interpretar sistemáticamente los artículos 37, 74, 77 y 324, numeral 1°, de la Ley 906 de 2004, y el artículo 193, numerales 3°,5° y 6° de la Ley 1098 de 2006, y a la orientación de la jurisprudencia en torno a casos de igual teleología.

En efecto, el artículo 74 de la Ley 906 de 2004, reclama la querella de parte como condición de procedibilidad para la iniciación de la acción penal, entre otros delitos, al de inasistencia alimentaria, salvo cuando el sujeto pasivo sea un menor de edad. Por su parte, el artículo 77 de la Ley 906 de 2004 previene que la acción penal se extingue por muerte del imputado o acusado, prescripción, aplicación del principio de oportunidad, amnistía, oblación, caducidad de la querella, desistimiento, **y en los demás casos contemplados por la ley**”. Por su parte el artículo 37 de la Ley 906 de 2004, reformado por la Ley 1142 de 2007, dispone que respecto de los delitos querellables, competencia entregada a los Juzgados penales Municipales, “Que la investigación de oficio no impide aplicar, cuando la decisión se considere necesaria, los efectos propios de las querella para beneficio y reparación integral de la víctima del injusto...”. (declarado exequible por la C-1198 de 2008)

De otra parte, el artículo 193 de la Ley 1098 de 2006, consagra varios criterios que deberá tener el juez durante el desarrollo del proceso penal, respecto de delitos en los cuales son víctimas los niños, las niñas y los adolescentes, con el fin de hacer efectivos los principios de interés superior y en orden a garantizar el restablecimiento de sus derechos: “3°. Prestará especial atención para la sanción de los responsables, la indemnización de perjuicios y el restablecimiento pleno de sus derechos vulnerados... 5°. Tendrá especial cuidado, para que los procesos que terminen por conciliación, desistimiento o **indemnización integral** no se vulneren los derechos de los niños, niñas y adolescentes víctimas del delito. 6°. **Se abstendrá**

¹⁴ Proceso N.º 35946, C S DE J, Magistrada Ponente: MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ DE LEMOS, 13 de abril de 2011.

de aplicar el principio de oportunidad y la condena de ejecución condicional cuando los niños, las niñas y los adolescentes sean víctimas de delitos, **a menos que aparezca demostrado que fueron indemnizados**”.

Del bloque de preceptos transcritos, se desprende que aunque el artículo 74 de la Ley 906 de 2004, dispone que para el delito de inasistencia alimentaria, cuando es víctima un menor de edad, no se requiere querella de parte para promover la acción, lo que en consecuencia significaría conforme al artículo 77 de la misma codificación que tampoco tendría lugar la extinción de la acción penal por indemnización integral. Sin embargo dos razones encuentra la Sala, producto de una interpretación sistemática y teleológica para entender que dicha restricción no tiene aplicación entratándose del delito de inasistencia alimentaria.

La primera se fundamenta en que normas posteriores y de carácter especial frente al artículo 74 en comento, como ocurre con el artículo 193, en sus numerales 5° y 6° de la Ley 1098 de 2006 y el nuevo artículo 37 de la Ley 906 de 2004, persistentemente están predicando la terminación o extinción del proceso penal cuando existan menores de edad siempre que se efectúe la indemnización integral de perjuicios, es así que el numeral primero en referencia, exige del juez que deberá tener especial cuidado en los casos de terminación del proceso por desistimiento, conciliación o indemnización integral, y el segundo numeral citado, permite la aplicación del principio de oportunidad cuando aparezca demostrado que los niños, las niñas o los adolescentes fueron indemnizados.

La segunda radica, a partir de la concepción anterior, que la voluntad del legislador cuando previó que en los punibles en los que fuera víctima un menor de edad no se requería la querella como presupuesto de procedibilidad de la acción penal, no fue la de oponerse a la terminación del proceso penal por conciliación, desistimiento o indemnización integral, sino con el propósito de proteger el derecho de tutela efectiva y el interés general del menor, en el entendido que como la familia, la sociedad y el Estado tienen igualmente el deber de asistirlo y protegerlo, para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio plenos de sus derechos, por lo que de ese modo cualquier persona puede y debe exigir a las autoridades su protección y reclamar la sanción contra quienes quebranten sus derechos.

En la línea expuesta también la Corte Constitucional, a partir de la cual se enseña, que las causales de extinción del proceso penal son de libre configuración de acuerdo con la política criminal del Estado siempre que no sean desproporcionadas (C-899-03), lo que bajo estas consideraciones significa que cuando el sujeto pasivo de la infracción penal es un menor de edad, nada impide que la acción penal pueda extinguirse a través del mecanismo de la indemnización integral de perjuicios, por lo que la no exigencia del requisito de procedibilidad de la acción penal frente a los delitos querellables cuando el sujeto pasivo es un menor de edad, no impide la aplicación en el proceso de los efectos favorables de la querella.

Por lo anterior es que el inciso 5° del artículo 193 de la Ley 1098 de 2006, ofrece la posibilidad de acudir al principio de oportunidad y al otorgamiento del beneficio del subrogado penal de la condena de ejecución condicional, cuando se demuestre que los menores víctimas del delito han sido indemnizados de manera integral, circunstancia que conlleva en voces del artículo 77 de la Ley 906 de 2004 a la extinción de la acción penal, siempre que se respete según el artículo 193 de la Ley 1098 de 2006 el interés superior del menor, entre ellos el restablecimiento de sus derechos vulnerados.

De manera entonces, que se debe concluir, que se satisface plenamente el primer presupuesto de aplicación del nuevo artículo 29B de la Ley 65 de 1993, esto es, que se está frente al delito de inasistencia alimentaria y como tal admite la extinción de la acción penal por indemnización integral, conciliación o desistimiento.

--- En lo que concierne al segundo requerimiento, relacionado con la reparación integral del daño ocasionado con el punible de inasistencia alimentaria, luego de la sentencia ejecutoriada, para la Sala no existe la menor duda que igualmente se cumple, como quiera que obra en el cartulario documento en el que se hace constar por parte de el apoderado del condenado, el representante de la víctima y la madre representante del menor de edad, que los daños y perjuicios de carácter moral y material fueron cancelados de manera integral, para lo cual igualmente anexan fotocopia del título valor por la suma de diecisiete millones de pesos destinado a tal efecto.

Con lo expuesto queda dilucidado, que conforme al contenido del párrafo 1°. Del artículo 29B de la Ley 65 de 1993, le asiste razón a los recurrentes, en cuanto que se observa probado que efectivamente el condenado es merecedor a que de manera inmediata se disponga su libertad, pues se cumple los requisitos reclamados por el precepto en referencia, uno porque se trate de un delito que de conformidad con el artículo 77 de la Ley 906 de 2004, el proceso penal se pueda extinguir por indemnización integral, y otro, porque el condenado ha cancelado los perjuicios ocasionados con el hecho punible después de encontrarse en firme la sentencia condenatoria.

De modo entonces, que fue equivocada la posición del a-quo, cuando en primer lugar negó la aplicación del artículo 29B de la Ley 65 de 1993, con exigencias extrañas al mismo, pues de una parte la norma no impone que la indemnización integral corresponda a la condena que se hubiere impuesto en el fallo respectivo, por lo que su reconocimiento y pago puede provenir de una conciliación o acuerdo extraprocesal, ora con ocasión a un juicio ordinario. Se equivocó igualmente el a-quo, al traer como segundo argumento para despachar desfavorablemente la libertad del condenado, el hecho de que en la sentencia se le hubiera negado el subrogado penal de la condena de ejecución condicional de la pena, por no cumplirse el requisito subjetivo en atención de que registraba antecedentes penales en cuanto había sido objeto de una sentencia condenatoria, no solo porque como se ha indicado este no era un presupuesto para su otorgamiento, sino porque se está frente a una situación sobreviniente al fallo de condena la cual de manera autónoma se encuentra regulada en la Ley en estudio, motivo por el cual ninguna transcendencia o vinculación puede tener las consideraciones que en ese orden se esbozaron en su oportunidad en la sentencia.”

Relatoría/consulta/2012/Providencias incluidas en los boletines

ÓSCAR MAESTRE PALMERA

Presidente

DORA ELSA USCÁTEGUI LARA

Relatora

