



**RAMA JUDICIAL
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
BOLETÍN 08 DE 15 DE MAYO DE 2013**

1. PROVIDENCIAS DE INTERÉS DE ESTA CORPORACIÓN

1.1. Sala Civil

El problema jurídico por resolver: Determinar si se encuentran legitimados para proponer la acción de simulación los herederos de uno de los cónyuges, cuando el bien transferido por el cónyuge sobreviviente se le prometió a éste en venta con anterioridad a la constitución de la sociedad conyugal sin que pagara la totalidad del precio, suscribiéndose la pertinente escritura de compraventa en vigencia de la sociedad conyugal.

“EN APOYO DE LA PRECEDENTE CONSIDERACIÓN VIENE QUE EN LA SUCESIÓN DE MERCEDES SÁNCHEZ DE GÓMEZ SE INVENTARIÓ COMO ÚNICO BIEN EL INMUEBLE OBJETO DE ESTE LITIGIO, SIN QUE CRISANTO GÓMEZ FUENTES, AQUÍ DEMANDADO, SOLICITARA SU EXCLUSIÓN COMO BIEN PROPIO, POR EL CONTRARIO, SU APODERADO INDICÓ QUE PARA LA FECHA DE DEFUNCIÓN DE MARÍA MERCEDES SÁNCHEZ DE GÓMEZ, 30 DE JUNIO DE 1967, “EXISTÍA COMO PATRIMONIO DE LA SOCIEDAD CONYUGAL UN LOTE DE TERRENO JUNTO CON TRES PIEZAS PEQUEÑAS”¹, Y OPTÓ POR GANANCIALES²; SITUACIÓN QUE SE ACOMPASA CON LA PARTICULAR CIRCUNSTANCIA DE NO HABERSE CANCELADO LA TOTALIDAD DEL PRECIO PARA LA ÉPOCA EN QUE SE OTORGÓ LA COMENTADA PROMESA, COMO SE EVIDENCIA DE LA LECTURA DE ESE DOCUMENTO, LO QUE POR CONTRA CONLLEVA A QUE NO PUEDA SEÑALARSE COMO PROPIO DEL DEMANDADO EL BIEN AQUÍ PERSEGUIDO.

Lo anterior no significa que se desconozca que el artículo 1792 del Código Civil contempla que “la especie adquirida durante la sociedad no pertenece a ella aunque se haya adquirido a título oneroso, cuando la causa o título de la adquisición ha precedido a ella”, mas de conformidad con lo expuesto, sin ambages debe afirmarse que el simple otorgamiento de promesa de compraventa no constituye ni título, ni causa de la adquisición, por la naturaleza de ésta, según se explicó en líneas anteriores; advirtiendo que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha reconocido como causa precedente, para por esa vía no ubicar el bien en la sociedad, el hecho de saldar la totalidad del precio de la cosa con anterioridad a ésta, lo que aquí no ocurrió, de donde como la existencia del título de adquisición, léase la compraventa elevada a la escritura pública No. 2594 de 1963, no precedió a la constitución de la sociedad conyugal auscultada sino que, por el contrario, se produjo durante su vigencia, no se configura la hipótesis legal contenida en la norma transcrita, y por ende el inmueble forma parte del haber social.” (...)

a) La Demanda

Luz Mery Gómez Sánchez, Carmen Gómez Sánchez, Fermina Gómez Sánchez, María Imelda Gómez Sánchez, María Elsa Gómez Sánchez y Juan de la Cruz

¹ Ver folio 84 C. copias sucesión

² Ver folio 56 ibídem

Gómez Sánchez, a través de apoderado judicial, citaron jurisdiccionalmente a Crisanto Gómez Fuentes, William Daniel Rojas López, Álvaro Orlando Loaiza Virguez y Georgina Gómez Rodríguez, para que por el trámite ordinario de mayor cuantía se efectuaran las siguientes o similares declaraciones y condenas:

“Como principal:

1. Declarar NULA la venta contenida en la escritura pública número 01978 del 18 de Julio de 2005, de la Notaría 47 de Bogotá mediante la cual CRISANTO GÓMEZ FUENTES vendió a WILLIAM DANIEL ROJAS LÓPEZ, ÁLVARO ORLANDO LOAIZA VIRGUEZ y GEORGINA GÓMEZ RODRÍGUEZ, el derecho de dominio sobre el inmueble ubicado antes en la Calle 62 Bis N° 68 – 60 hoy Calle 64 B N° 70 D – 62 de Bogotá es **ABSOLUTAMENTE SIMULADA**. Y además en esta Escritura el señor CRISANTO (sic) GÓMEZ FUENTES está cometiendo OTRO gravísimo error donde dice y firma que con **Sociedad Conyugal LIQUIDADA, lo cual es FALSO porque hasta ahora no se ha terminado el proceso de SUCESIÓN que se lleva ante el juzgado 15 de Familia**.

Como pretensión subsidiaria:

2. Declarar que la venta contenida en la escritura pública número 01978 del 18 de julio de 2005, de la Notaría (sic) 47 de Bogotá mediante la cual CRISANTO GÓMEZ FUENTES vendió a WILLIAM DANIEL ROJAS LÓPEZ, ÁLVARO ORLANDO LOAIZA VIRGUEZ y GEORGINA GÓMEZ RODRÍGUEZ, el derecho de dominio sobre el inmueble ubicado antes en la Calle 62 Bis N° 68 – 60 hoy Calle 64 B N° 70 D – 62 de Bogotá es RELATIVAMENTE SIMULADA.

3. Declarar que el inmueble ubicado, antes en la Calle 62 Bis N° 68 – 60 hoy Calle 64 B N° 70 D – 62 de Bogotá cuya matrícula inmobiliaria corresponde al número 50C-797275 y cuyos linderos son los siguientes: Por el Norte: Con parte del lote número seis (6) de la manzana K de la Urbanización de San Joaquín; Por el Sur: Calle primera de por medio con el lote número seis (6) de la manzana F de “La cabaña”; Por el Oriente: Con el lote número seis (6) de la manzana C y Por el Occidente: con el lote número ocho (8) de la misma manzana G todos estos lotes de la Urbanización de “La cabaña”, *pertenece a la sociedad conyugal -en liquidación- formada por CRISANTO GÓMEZ FUENTES Y MERCEDES SÁNCHEZ DE GÓMEZ, debiendo ser restituido a la sucesión de Mercedes Sánchez de Gómez, para ser repartido conforme a la ley*.

4. Ordenar cancelar la escritura pública número 01978 del 18 de Julio de 2005 de la notaria (sic) 47 del Círculo de Bogotá D.C. Pido se oficie al notario 47 del Circulo (sic) Notarial de Bogotá D.C.

5. Ordenar cancelar la anotación de la venta hecha en el folio de matrícula inmobiliaria número 50C-797275. Pido se oficie al señor registrador de instrumentos públicos de Bogotá zona centro.

6. Ordenar y decretar el embargo y/o en su defecto admisión de la demanda correspondiente a la Matrícula 50C-1267005 Urbanización La Rivera, inmueble comprado con los usufructos y gananciales de la casa ubicada en la calle 64B No. 70D-62 y que pertenece a la sucesión.

7. Condenar a los demandados a la restitución de los frutos naturales y civiles a la sociedad conyugal -en liquidación- formada por CRISANTO GÓMEZ FUENTES y la señora MERCEDES SÁNCHEZ DE GÓMEZ y por dicho conducto a la sucesión y herederos de MERCEDES SÁNCHEZ desde que estos hayan entrado en poder del inmueble hasta que sea restituido.

8. Condenar a los demandados al pago de los gastos del proceso y agencias en derecho.”³
(...)

b) Los Hechos

Los anteriores pedimentos se soportaron en el supuesto fáctico que así se compendia:

María Mercedes Sánchez Guío contrajo nupcias con el demandado Crisanto Gómez Fuentes el 9 de diciembre de 1962.

María Mercedes Sánchez Guío falleció el 30 de junio de 1967 y como consecuencia de ello, se inició el respectivo proceso de sucesión, el cual le correspondió por reparto al Juzgado 15 de Familia de esta ciudad, despacho que por auto de mayo 31 de 2004 lo declaró abierto y entre otros pronunciamientos, reconoció como heredera a Luz Mery Gómez Sánchez en su calidad de hija, así mismo, mediante proveído de mayo 16 de 2005, “reconoció a MARÍA IMELDA, CÁRMEN, FERMINA, LUZ MERY, FLOR Y JUAN DE LA CRUZ GÓMEZ SÁNCHEZ en su condición de hijos de la causante MERCEDES SÁNCHEZ”.

Posteriormente, el 6 de julio del año 2005, se llevó a cabo la diligencia de inventarios y avalúos en el sucesorio, denunciándose como único activo el

inmueble identificado con folio de matrícula inmobiliaria No. 50C-797275, bien adquirido por Crisanto Gómez Fuentes durante la vigencia de su sociedad conyugal con la desaparecida Mercedes Sánchez de Gómez, con ocasión de la venta que del mismo le hiciera María Cristina Gutiérrez de Álvarez mediante escritura pública No. 2594 de julio 10 de 1963, otorgada ante la Notaría Primera del Círculo de Bogotá, por lo que ese bien tenía la calidad de social.

Los actores sostuvieron diferentes reuniones con su progenitor Crisanto Gómez Fuentes, aquí demandado, para discutir lo relativo a la necesidad de adelantar el trámite sucesoral de la fallecida Mercedes Sánchez, y en las mismas aquél les había hecho saber su interés para que los derechos sobre el inmueble referido se repartieran en dos, 50% para los hijos de la causante y el otro 50% para él, acordándose adelantar la liquidación por mutuo acuerdo ante notario público; así mismo, en ellas se comunicó a Crisanto Gómez que el proceso sucesoral ya se había iniciado, indicándole el estado y juzgado en que se encontraba. Posteriormente, la abogada del demandado Crisanto Gómez, en reunión desarrollada el 25 de julio de 2005, propuso en nombre de éste que conciliaran dejando la mitad del inmueble a los hoy demandantes, pero permitiendo que el derecho de usufructo sobre el mismo quedara en cabeza del “señor (...) GÓMEZ hasta su muerte y a continuación gozaría del mismo privilegio la esposa actual de nombre Ana Rosa Gómez (sic) y hasta su muerte”.

Sin embargo Crisanto Gómez Fuentes, el 18 de julio de 2005, mediante escritura pública No. 01978, otorgada ante la Notaría 47 del Círculo de Bogotá, transfirió el inmueble con folio de matrícula inmobiliaria No. 50C-797275 a favor de William Daniel Rojas López, Álvaro Orlando Loaiza Virguez y Georgina Gómez Rodríguez, sobrino, yerno e hija, respectivamente, “por tan solo la suma de \$45.000.000.00, cuando su (sic) avalúo catastral de todo el inmueble para el año 2005, oscila (sic) aproximadamente en \$88.000.000.00”, haciendo constar en tal instrumento que el vendedor hacía entrega real y material del bien y que los compradores lo daban por recibido, cuando ello no fue así, puesto que quien transfería el dominio continuó residiendo en el predio y la demandante Luz Mery Sánchez tenía posesión de parte del mismo, aunado a que ésta al igual que los demás actores, se enteró de la venta ficticia mucho tiempo después de aquella data.

Adujo la parte actora que en la supuesta venta, contenida en la escritura referida en precedencia, no existió “ánimo de vender ni de comprar”, tampoco fue real el precio allí consignado, la verdadera intención del vendedor se dirigió a sustraer el bien de su dominio, de forma fraudulenta, para que no se pudiera incluir y ser repartido en la sucesión de Mercedes Sánchez, la que se encontraba en trámite e imposibilitaba que aquella venta se produjese, y los aparentes compradores, con nexos familiares con el vendedor, sirvieron de testaferros a éste “pero la verdad es que no quisieron celebrar negocio jurídico alguno menos el que se registra en la escritura pública censurada”. Sumado a lo expuesto, en el instrumento en comento se incurrió en un grave yerro al consignarse erróneamente en las condiciones civiles de Crisanto Gómez Fuentes que se hallaba con sociedad conyugal liquidada, lo que no era cierto, bajo el supuesto que hasta ahora se estaba efectuando la respectiva sucesión, de donde con la situación denunciada resultaban afectados los derechos hereditarios de los actores como sucesores de Mercedes Sánchez de Gómez, de allí que tuviesen “interés jurídico y económico para pedir que el bien enjuiciado mediante la simulación sea restituido a dicha sociedad y que además ya había sido objeto de inventario dentro de la sucesión de la Señora Mercedes Sánchez de Gómez (...)”.

Finalmente, se indicó que los usufructos y gananciales obtenidos durante 38 años siempre fueron tomados por Crisanto Gómez, quien con los mismos compró el inmueble con folio de matrícula inmobiliaria No. 50C-1267005, el que, al enterarse del juicio sucesorio aquí referido, transfirió a Rosa Rodríguez -actual esposa de aquél-, mediante escritura pública No. 12203 de noviembre 28 de 2005, "con el fin de no dejarles nada a los propios herederos".⁴

LA SENTENCIA IMPUGNADA

Finalmente, el Juzgado Quince Civil del Circuito de Descongestión de esta ciudad puso fin a la primera instancia mediante sentencia de septiembre 14 de 2012, en virtud de la cual resolvió:

"PRIMERO. DECLARAR que existe falta de legitimación en la causa respecto del extremo demandante frente al bien que fuere objeto de éste (sic) proceso, según se advirtió de (sic) anticipado.

SEGUNDO. DENEGAR las pretensiones incoativas de este juicio.

TERCERO. ORDENAR la cancelación de las medidas cautelares decretadas por cuenta de este proceso sobre el bien materia de la Litis.

CUARTO. CONDENAR en costas a la parte actora. Con tal propósito y conforme a lo expuesto en la Ley 1395 de 2010, como agencias en derecho, fíjese la suma de \$5.000.000,00. Por secretaría efectúese oportunamente la respectiva liquidación de costas."⁵

DEL RECURSO

La parte demandante concentró su inconformidad en que el juez de instancia se abstuvo de apreciar algunas de las pruebas recaudadas para el proceso y estimó otras de manera indebida, dándoles un valor probatorio que no tenían, lo que conllevó a que su decisión desconociera "la convivencia total del demandado con la señora **MARÍA MERCEDES SÁNCHEZ DE GÓMEZ (q.e.p.d.)**", aliviando que antes de producirse el matrimonio entre ésta y Crisanto Gómez, ellos ya vivían juntos y habían procreado a los demandantes Elsa Gómez Sánchez -nacida el 4 de febrero de 1958-, Imelda Gómez Sánchez -nacida el 13 de abril de 1959- y Juan de la Cruz Gómez Sánchez -nacido el 20 de mayo de 1961-, de donde dijo que se concluía que "tanto el bien como sus frutos civiles son **COMPLETAMENTE DE LA SOCIEDAD CONYUGAL**, la cual aún no ha sido liquidada, ya que el inmueble fue comprado según escritura pública No. 2594 de julio 10 de 1963, y el matrimonio se llevó a cabo el 9 de diciembre de 1962" y en concordancia con ello y contra lo argumentado por el *a-quo*, adujo "que una promesa de venta no puede anular una escritura pública que se llevó a cabo en el año 1963".

CONSIDERACIONES

Concierta la Sala con el *a-quo* en que en este proceso se cumplen a cabalidad los presupuestos procesales identificados como demanda en forma, capacidad para ser parte, capacidad para comparecer al proceso y competencia del juez, al igual que no se observa causal de nulidad alguna que haga nugatoria la actuación, por lo que se resolverá sobre el mérito del asunto sometido a la jurisdicción.

Delanteramente, previo a acometer si se dan los presupuestos sustanciales para que la acción deba o no ser acogida, atendiendo lo expuesto por la parte pasiva respecto a que las pretensiones "fueron pésimamente propuestas", especialmente la principal, en la cual se deprecó la declaración de *nulidad* de la

4 Folios 12 a 16 del cuaderno 1.

5 Folios 464 a 487 del cuaderno 1.

convención al haber sido absolutamente *simulada*, necesario resulta recordar que corresponde al fallador interpretar el escrito introductor de manera integral, buscando obtener el mayor provecho de lo expuesto al interior del mismo, procurando desentrañar las eventuales irregularidades que en él se presenten con el fin de adoptar la decisión de mérito que corresponda, para que el desgaste del aparato judicial no resulte inocuo y que a los coasociados se les brinde una solución de plano y efectiva frente a la controversia sometida a la jurisdicción, evitando caer en fallos inhibitorios; siendo destacable que tal ejercicio ha de dirigirse exclusivamente a esclarecer apartes que resulten oscuros, pero que dentro del conjunto del acto procesal del libelo conducen a una situación concreta e indisoluble, sin que pueda el juzgador llegar al absurdo de modificar en todo lo pretendido por el demandante, pues ello conduciría antes que a fortalecer la administración, a producir fallos *ultra y extra petita* en un campo en que está por sentado que la dispensa de justicia ha de ser rogada, como ocurre, por lo general, en el campo del derecho civil. En punto a este aspecto el máximo órgano en la jurisdicción ordinaria ha reconocido certeramente que:

“Para no sacrificar el derecho material en aras de un culto vano al formalismo procesal, al juez corresponde interpretar la demanda, labor que ha de realizar ‘mirándola en su conjunto, en forma razonada y lógica, como quiera que la intención del actor muchas veces no está contenida en el capítulo de las súplicas, sino también en los presupuestos de hecho y de derecho por él referidos a lo largo de la pieza fundamental. Basta que la intención aparezca claramente del libelo, ya de manera expresa, ora por una interpretación lógica basada en todo el conjunto del mismo’, pues ‘la torpe expresión de las ideas per se no puede ser motivo de rechazo del derecho suplicado cuando éste alcanza a percibirse en su intención y en la exposición que de los presupuestos fácticos hace el demandante en su demanda’”. (G.J. Tomo CLXXVI, número 2415, pág. 182).⁶

Y justamente, al efectuar la interpretación de la demanda en su conjunto, este Tribunal encuentra infundado el reproche del extremo pasivo, pues de lo expuesto en las pretensiones del libelo introductor y en los hechos en que las mismas se edificaron, resulta notable e incuestionable que se dirigió, de manera principal, a obtener la declaración de simulación absoluta de la compraventa contenida en la escritura pública No. 1978 de julio 18 de 2005, toda vez que en el supuesto fáctico fueron reiteradas y uniformes las afirmaciones encaminadas a desconocer la existencia de esa convención, las que se vieron reforzadas al señalarse expresamente en los hechos 16 y 17 que “Los aparentes compradores actuando como testafierros, en **apariencia** han hecho una compraventa, pero la verdad es que no quisieron celebrar negocio jurídico alguno menos el que se registra en la escritura pública censurada” y “no hubo ánimo de vender ni de comprar, ni tampoco es real el precio que allí se anuncia; (...) la verdadera intención del vendedor era de manera fraudulenta sustraer el bien de su dominio y con ello evitar que fuera repartido en la sucesión de su difunta esposa” (se destacó), sin que el *lapsus* del petitorio varíe en modo alguno lo evidentemente aspirado, máxime si se tiene en cuenta que en ningún momento se persiguió la invalidez del acto negocial.

Entonces, puestas así las cosas, como de manera diamantina se presentan, no cabe duda alguna en cuanto a que lo pretendido de manera principal fue la declaración de simulación absoluta del contrato contenido en la escritura pública No. 1978 de 2005, otorgada el 18 de julio de 2005 ante la Notaría 47 del Círculo de Bogotá.

Precisado el tema precedente, de conformidad con la competencia que el artículo 357 del Código de Procedimiento Civil le otorga a esta Sede Judicial, la Sala debe ocuparse de los puntos en los cuales el extremo activo basó su

⁶ Cita tomada de la sentencia proferida el 19 de noviembre de 2002 en el proceso identificado bajo el número de expediente No. 7001, por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, con ponencia del Magistrado Jorge Santos Ballesteros.

inconformidad con la sentencia impugnada, los que se contraen a rebatir la denegación de sus pedimentos, bajo el supuesto central que el bien sobre el que recayó el negocio que adujo simulado pertenecía a la sociedad conyugal compuesta por María Mercedes Sánchez y Crisanto Gómez Fuentes, que no exclusivamente a éste, quien no tuvo la intención de transferirlo sino que con su proceder sólo buscó que el inmueble no pudiese ser repartido entre los herederos de aquélla. Así las cosas, necesario es traer a colación lo contemplado en cuanto a la simulación en el artículo 1766 del Código Civil, el cual establece:

“Las escrituras privadas, hechas por los contratantes para alterar lo pactado en escritura pública, no producirán efecto contra terceros.

Tampoco lo producirán las contraescrituras públicas, cuando no se ha tomado razón de su contenido al margen de la escritura matriz, cuyas disposiciones se alteran en la contraescritura, y del traslado en cuya virtud ha obrado el tercero.”

Frente a tal figura doctrinariamente se ha expuesto que:

“En todo acto jurídico existen dos elementos: la voluntad de los agentes (elemento interno) y la declaración o exteriorización de esa voluntad (elemento externo). Pero puede ocurrir que un acto al exteriorizarse, se bifurque en dos declaraciones distintas o, si se quiere, que los agentes celebren dos actos distintos. Sea de ello lo que fuere, la simulación consiste en que una de las declaraciones del acto único o uno de los dos actos aparente ante terceros un negocio jurídico, al paso que la otra declaración o acto se dirige a restarle toda eficacia entre las partes a la declaración o acto aparente, o a configurar otro negocio distinto. Si lo primero, o sea, si la declaración o acto oculto hace totalmente ineficaz la declaración o acto aparente, la simulación se dice absoluta. Si lo segundo, la simulación es relativa y entre las partes debe prevalecer la declaración o acto oculto, como cuando una donación se ha disfrazado con el ropaje de la compraventa.”⁷

“Hay simulación cuando las partes - al mismo tiempo que concluyen un acto secreto que contiene su verdadera voluntad contractual - presentan un acto ostensible, destinado a que lo conozca todo el mundo, pero que modifica el contenido del acto secreto.

Según tesis predominante en nuestra jurisprudencia, hay que descartar la dualidad de actos. Sea de ello lo que fuere, lo importante es precisar que se trata de una bifurcación de la voluntad contractual. Esta se expresa en un sentido en el acto ostensible y, en sentido contrario, en el acto secreto o acuerdo secreto de los contratantes (...). De donde resulta que la voluntad real y sincera de los contratantes es la secreta.”⁸

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia se ha referido a la simulación en lo que respecta a su concepto, modalidades, elementos, naturaleza jurídica y medios de prueba, así:

“La simulación, tiene dicho la Corte, puede ser absoluta cuando el concierto simulatorio entre los partícipes está destinado a crear una apariencia probatorio de un negocio sin contenido real, esto es, a producir la idea de un negocio no querido. Las partes como dice MESSINEO, además de no tener la voluntad que declaran, no tienen ninguna otra. La segunda, o sea la relativa, se presenta cuando el negocio simulado o aparentado, esconde total o parcialmente otro negocio que es el verdaderamente querido. (...)

A partir de la vigencia del Código de Procedimiento Civil, que expresamente derogó el artículo 1767 del Código Civil. (Artículo. 698), el fenómeno de la simulación puede demostrarse judicialmente, aún ínter partes, con cualquier medio probatorio.

7 OSPINA, Guillermo. Régimen General de las Obligaciones. Editorial Temis. Págs. 484 y 485.

8 TAMAYO LOMBANA, Alberto. Manual de Obligaciones. Editorial Temis. Pág. 333.

Habida consideración del sigilo que se observa en la celebración de los actos simulados, pues precisamente se trata de un ocultamiento, la prueba más utilizada es la de indicios, la cual en sentir de la Corte debe cumplir con los siguientes requisitos:

- a.) Conducencia de la prueba indiciaria respecto del hecho investigado;*
- b.) Que esté descartada razonablemente la posibilidad de que la conexión entre el hecho indicador y el investigado sea aparente;*
- c.) Que se haya descartado razonablemente la posibilidad de la falsificación del hecho indicador por obra de terceros o de las partes;*
- d.) Que aparezca clara y cierta la relación de causalidad entre el hecho indicador y el indicado;*
- e.) Que se trate de una pluralidad de indicios, si son contingentes;*
- f.) Que varios de los indicios contingentes sean graves, concurrentes o concordantes y convergentes;*
- g.) Que no existan contraindicios que no puedan descartarse razonablemente;*
- h.) Que se hayan eliminado razonablemente las otras posibles hipótesis y los argumentos o motivos infirmantes de la conclusión adoptada, pues es frecuente que un hecho indiciario se preste a diferentes inferencias que conduzcan a distintos resultados;*
- i.) Que no existan pruebas de otra clase que infirmen los hechos indiciarios o que demuestren un hecho opuesto al indicado por aquellos; y*
- j.) Que se pueda llegar a una conclusión final precisa y segura, basada en el pleno convencimiento o la certeza del juez.”⁹*

Siguiendo la jurisprudencia y la doctrina transcrita se entiende por acto simulado todo acuerdo contractual en el cual los intervinientes emiten una declaración de voluntad no acorde con la realidad, que entratándose de la absoluta, que es la que aquí interesa en primer término, se traduce en que no se estructura el acto jurídico por no existir una voluntad directa y reflexivamente encaminada a producir efectos jurídicos, situación ésta ante la cual al agraviado se le concede acción para hacer prevalecer la verdad sobre la declaración ficta, pudiendo acudir a todos los medios de convicción para demostrar ese hecho, mas dada la dificultad de su prueba se admite la indiciaria como apta para acreditar ese fenómeno.

Y para la prosperidad de esa acción la Corte Suprema de Justicia ha señalado como sus elementos constitutivos los siguientes: **a)** existencia del contrato cuya simulación se arremete; **b)** legitimación en la causa en quien demanda; y **c)** que se demuestre fehacientemente la simulación que se busca sea declarada.¹⁰

Descendiendo al *sub-lite* sin duda puede predicarse que la existencia del acto jurídico sobre el cual recae la acción simulatoria está debidamente probada con el aporte en copia auténtica de la escritura pública No. 1978 de julio 18 de 2005, otorgada ante la Notaría 47 del Círculo de esta ciudad¹¹, y su inscripción en el folio de matrícula inmobiliaria No. 50C-79727512.

Frente a la legitimación en la causa, la cual no encontró acreditada el juez de instancia en el extremo activo por lo que procedió a negar sus pedimentos, necesario es ver que de conformidad con las pretensiones de la demanda se solicitó que con ocasión de la declaratoria de simulación del negocio jurídico mencionado el inmueble en él vinculado se restituyera para la sucesión de Mercedes Sánchez de Gómez (q.e.p.d.), que no expresamente para los demandantes, quienes acudieron al trámite en calidad de herederos de aquélla, por lo que cabe preguntarse

9 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia de junio 3 de 1996. Magistrado Ponente: José Fernando Ramírez Gómez.

10 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia de julio 11 de 2000. Magistrado Ponente: Silvio Fernando Trejos Bueno.

11 Folios 3 a 6 del cuaderno 1.

12 Folio 10 del cuaderno 1.

¿quién o quiénes se encuentran legitimados en la causa en los procesos de simulación como el que aquí se ventila?.

De antaño se tiene por sabido que para demandar ante la jurisdicción la declaración de simulación no sólo se encuentran legitimados en la causa por activa los sujetos que participaron en la convención fingida, así mismo sus herederos, y también los terceros que demuestran que por aquel contrato aparente se encuentran ante un perjuicio cierto y actual, como lo expusiera el *a-quo*. Así, por línea jurisprudencial se ha sostenido que:

"En lo concerniente a la legitimación para solicitar la simulación, de tiempo atrás y en forma reiterada ha sostenido esta Corporación que **son titulares no sólo las partes que intervinieron o participaron en el acto simulado, y en su caso sus herederos, sino también los terceros, cuando ese acto fingido les acarrea un perjuicio cierto y actual:** "Puede afirmarse, que todo aquel que tenga un interés jurídico protegido por la ley, en que prevalezca el acto oculto sobre lo declarado por las partes en el acto ostensible, está habilitado para demandar la declaración de simulación. **Ese interés puede existir lo mismo en las partes que en los terceros extraños al acto, de donde se sigue que tanto aquellas como éstos están capacitados para ejercitar la acción.** Mas para que en el actor surja el interés que lo habilite para demandar la simulación, es necesario que sea actualmente titular de un derecho cuyo ejercicio se halle impedido o perturbado por el acto ostensible, y que la conservación de ese acto le cause un perjuicio" (G.J. tomo CXIX, pág. 149).

En razón de la naturaleza de la acción simulatoria puede decirse entonces que **podrá demandar la simulación quien tenga interés jurídico en ella**, interés que "debe analizarse y deducirse para cada caso especial sobre las circunstancias y modalidades de la relación procesal que se trate, porque es ésta un conflicto de intereses jurídicamente regulado y no pudiendo haber interés sin interesado, se impone la consideración personal del actor, su posición jurídica, para poder determinar, singularizándolo con respecto a él, el interés que legitima su acción" (G.J. tomo LXXIII, pág. 212)."¹³ (Se destacó)

Siguiendo lo advertido, procede la Corporación a analizar si en el *sub-judice* el extremo activo está revestido con las características denotadas, con el ánimo de establecer su legitimación en la causa, sobre la cual se ha dicho que sólo existe cuando demanda quien tiene por ley sustancial facultad para ello, precisamente contra la persona frente a la cual la pretensión de que se trata tiene que ser ejercida¹⁴. Por manera que si el demandante no es el titular del derecho que se reclama, o el demandado no es quien debe responder frente a dicha reclamación, la sentencia no puede acoger las pretensiones de aquél.¹⁵

Y como el juez de primera instancia consideró que los actores, en su calidad de herederos de Mercedes Sánchez de Gómez, no se encontraban legitimados en la causa bajo el supuesto que no tenían derecho alguno, directo ni derivado, sobre el inmueble que transfiriera Crisanto Gómez Fuentes a los otros demandados mediante la convención que se impetró se declarara simulada, por cuanto ese bien era de propiedad exclusiva de aquél que no de la sociedad conyugal conformada por él y Mercedes Sánchez el 9 de diciembre de 1962, atendiendo a que la causa que precedió la adquisición del inmueble por el señor Gómez Fuentes fue la promesa de compraventa que celebró con María Cristina Gutiérrez Álvarez, calendada agosto 18 de 1960, anterior al matrimonio aludido, corresponde a la Sala ocuparse de tal consideración para determinar lo pertinente.

13 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia de agosto 27 de 2002. Magistrado Ponente: Jorge Santos Ballesteros.

14 MORALES MOLINA, Hernando. *Curso de Derecho Procesal Civil* - Parte General, Novena Edición. Editorial A B C. Bogotá, Colombia. 1985. Págs. 145 a 151.

15 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia de agosto 14 de 1995. Magistrado Ponente: Nicolás Bechara Simancas.

Propósito que lleva a disentir al Tribunal de lo argumentado por el *a-quo*, ya que, en primer término, contrario a lo aducido por el extremo pasivo, al trámite se incorporaron los registros de nacimiento de los actores -en los cuales se constata su parentesco de consanguinidad de primer grado en línea directa ascendente respecto a Mercedes Sánchez, como hijos de ésta-¹⁶, el de defunción de María Mercedes Sánchez Guio¹⁷ y el de matrimonio de ésta con Crisanto Gómez¹⁸, sin que esas piezas documentales fuesen controvertidas por la parte demandada, adquiriendo pleno valor probatorio, y dando cuenta que la sociedad conyugal entre éstos se constituyó el 9 de diciembre de 1962.

Prosiguiendo, destácase que le asiste toda la razón a la parte censora al señalar que la promesa de compraventa efectuada por Crisanto Gómez Fuentes con María Cristina Gutiérrez el 18 de agosto de 1960, a la cual el juez de instancia le dio la connotación de causa de la convención por la cual aquél adquirió el bien objeto del negocio aquí redargüido, no podía en modo alguno desautorizar lo expresamente condensado en la escritura pública 2594 de julio 10 de 1963, por la cual se realizó¹⁹ la compraventa que verdaderamente lo convirtió en propietario del bien identificado con folio de matrícula inmobiliaria No. 50C-797275, toda vez que la promesa de compraventa no es un acto de enajenación, no es título traslativo de dominio, ni genera obligaciones de dar, en tanto y cuanto que como negocio preparatorio su única finalidad es el contrato prometido, que no la mutación del derecho real, título que se obtiene únicamente cuando se eleva a escritura pública la compraventa. Punto frente al cual ha dicho la Corte Suprema de Justicia que **“La promesa de compraventa de inmuebles, desde luego, no tiene, por sí, lo vocación de dar origen, en abstracto, a la tradición del dominio,** porque simplemente envuelve obligaciones de hacer y no de dar, como es la de celebrar, en el futuro, el contrato prometido. Se trata, nada más, según lo viene sosteniendo la Corte, de un *“convenio preparatorio que impone la obligación de hacer el contrato en otro tiempo”*²⁰. (...)

En apoyo de la precedente consideración viene que en la sucesión de Mercedes Sánchez de Gómez se inventarió como único bien el inmueble objeto de este litigio, sin que Crisanto Gómez Fuentes, aquí demandado, solicitara su exclusión como bien propio, por el contrario, su apoderado indicó que para la fecha de defunción de María Mercedes Sánchez de Gómez, 30 de junio de 1967, “existía como patrimonio de la sociedad conyugal un lote de terreno junto con tres piezas pequeñas”²¹, y optó por gananciales²²; situación que se acompasa con la particular circunstancia de no haberse cancelado la totalidad del precio para la época en que se otorgó la comentada promesa, como se evidencia de la lectura de ese documento, lo que por contera conlleva a que no pueda señalarse como propio del demandado el bien aquí perseguido.

Lo anterior no significa que se desconozca que el artículo 1792 del Código Civil contempla que “la especie adquirida durante la sociedad no pertenece a ella aunque se haya adquirido a título oneroso, cuando la causa

16 Folios 349 a 354 del cuaderno 1.

17 Folio 348 del cuaderno 1.

18 Folio 7 del cuaderno 1.

19 Inciso 2º del Artículo 1857 del Código Civil: “La venta de los bienes raíces y servidumbres y la de una sucesión hereditaria, no se reputan perfectas ante la ley, mientras no se ha otorgado escritura pública.”

20 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia 083 de 56 de julio de 2007, expediente 00358.

21 Ver folio 84 C. copias sucesión

22 Ver folio 56 ibídem

o título de la adquisición ha precedido a ella”, mas de conformidad con lo expuesto, sin ambages debe afirmarse que el simple otorgamiento de promesa de compraventa no constituye ni título, ni causa de la adquisición, por la naturaleza de ésta, según se explicó en líneas anteriores; advirtiéndose que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha reconocido como causa precedente, para por esa vía no ubicar el bien en la sociedad, el hecho de saldar la totalidad del precio de la cosa con anterioridad a ésta, lo que aquí no ocurrió, de donde como la existencia del título de adquisición, léase la compraventa elevada a la escritura pública No. 2594 de 1963, no precedió a la constitución de la sociedad conyugal auscultada sino que, por el contrario, se produjo durante su vigencia, no se configura la hipótesis legal contenida en la norma transcrita, y por ende el inmueble forma parte del haber social.

A lo cual cabe agregar que si de darle el calificativo de causa de la adquisición a la promesa de compraventa de 18 de agosto de 1960, en gracia de discusión, requeriría para surtir plenos efectos que contuviera todos los elementos esenciales, los que de conformidad con lo reglado en el artículo 1611 del Código Civil en concordancia con el artículo 1501 *ibídem*, consisten en que **(i)** el pacto conste por escrito; **(ii)** el contrato prometido no sea de los que las leyes declaran ineficaces por no concurrir en ellos los requisitos del artículo 1502; **(iii)** la promesa contenga un plazo o condición en que ha de celebrarse la convención; y **(iv)** el contrato esté determinado a tal punto que para su perfeccionamiento exclusivamente falte la tradición de la cosa o las formalidades legales; exigencias que le dan al contrato de promesa de compraventa la naturaleza de acto solemne, porque ineludiblemente para su validez requiere de la presencia de aquéllos, por lo que se ha dicho que tales son presupuesto *ad substantiam actus*, de donde las mencionadas circunstancias deben coexistir simultáneamente, bastando la ausencia de una de ellas para que la promesa carezca de eficacia y, por ende, no sea fuente de obligaciones.

En tal sentido debe observarse que en la convención que se analiza no se pactó de manera precisa el plazo o condición que fijara la época en que debía cumplirse con la obligación de suscribir la escritura, pues no se estipuló de manera expresa fecha, hora y lugar para tal cometido si se tiene en cuenta que frente al particular simple y llanamente se aludió “TERCERA.- El precio por el cual la Promitente Vendedora venderá al Promitente Comprador el lote en cuestión será la suma de CINCO MIL SEISCIENTOS PESOS MONEDA CORRIENTE (\$5.600.00); cuyo pago efectuará el Promitente Comprador así: SEISCIENTOS PESOS (\$600.00) en la fecha, que como se dirá mas (sic) adelante, quedan en calidad de arras, DOS MIL PESOS (\$2.000.00) dentro de los sesenta días (60) y el saldo o sea la suma de TRES MIL PESOS (\$3.000.00) con plazo de veinte (20) meses fecha en que se otorgará la Escritura de Compra-Venta. CUARTO.- La Escritura Pública de venta del citado lote, a que la presente promesa se refiere deberá otorgarse dentro del plazo estipulado en la Cláusula Tercera y la Promitente Vendedora queda obligada a comparecer a la respectiva Notaría a suscribir el contrato”²³, siendo patente que allí el contrato prometido no fue estipulado a tal punto que para su perfeccionamiento tan solo hiciera falta la tradición o las formalidades legales, toda vez que resulta incierta la fecha en que debía suscribirse la escritura, a más que no se precisó ante cuál notaría. Y qué decir si se atiende la manifestación del demandado en punto a que dicha convención preparatoria la celebró con una menor de edad?.

Zanjada la anterior cuestión, corresponde ahora adentrarse en el tercero de los presupuestos establecidos para la prosperidad de la acción en estudio, el cual recae en la demostración fehaciente de la existencia del acto simulado.

23 Folio 62 del cuaderno 1.

Empresa para la que adecuado resulta recordar que la jurisprudencia acompasada con la doctrina, siguiendo las generalidades de la acción de simulación y especialmente la liberalidad probatoria imperante para acreditar su existencia, ha señalado un conjunto de indicios cuya presencia permite descender el velo del negocio aparente. Así, por ejemplo, en sentencia de marzo 26 de 1985, la Alta Corporación citada expuso:

“Atendida la circunstancia de ser la prueba indirecta de indicios la que se ofrece con mayor facilidad en el establecimiento de la simulación, la doctrina con apoyo en los antecedentes o prácticas de que se valen los simulantes, tradicionalmente ha apreciado como indicios reveladores de tales fenómenos **el parentesco, la amistad íntima, la falta de capacidad económica del adquirente, la retención de la posesión del bien por parte del enajenante, el comportamiento de las partes al efectuar el negocio, el comportamiento de las partes en el litigio, el precio exiguo, estar el vendedor o verse amenazado de cobro de obligaciones vencidas, la disposición del todo o buena parte de los bienes, la carencia de necesidad en el vendedor para disponer de sus bienes, la forma de pago, la intervención del adquirente en una operación simulada anterior, etc.**

“Más como acontece que la habilidad de los contratantes ha originado nuevas formas y matices de simular, esto ha dado lugar para sostener que en materia indiciaria, respecto de tal fenómeno, es imposible formular un catálogo de indicios, porque a medida que se avanza en el ocultamiento de la simulación paralelamente van tomando cuerpo otros indicios. Es por ello que hoy se suma al cortejo de tal prueba indirecta el móvil para simular (**causa simulandi**), los intentos de arreglo amistoso (**transactio**), el tiempo sospechoso del negocio (**tempus**), la ausencia de movimiento en las cuentas bancarias, el precio no entregado de presente (**pretium confessus**), el lugar sospechoso del negocio (**lucus**) la documentación sospechosa (**preconstitutio**), las precauciones sospechosas (**provisio**), la no justificación dada al precio recibido (**inversión**), la falta de examen previo por el comprador del objeto adquirido, especialmente cuando se trata de un bien raíz, etc.” (Se resaltó)

En ese orden, y de cara a lo hasta aquí visto, debe resaltarse el hecho de que en la escritura pública contentiva del contrato fustigado se indicara que el estado civil del demandado vendedor era “casado con sociedad conyugal disuelta y liquidada”²⁴, cuando tal afirmación resulta contraria a la realidad, atendiendo a que la liquidación de la sociedad conformada por aquél y María Mercedes Sánchez no se había producido, sin que al proceso se trajera prueba en sentido contrario; en cambio, de las copias del proceso de sucesión No. 2004-00349 que cursa en el Juzgado 15 de Familia de Bogotá, surge que Crisanto Gómez Fuentes compareció al mismo en su calidad de cónyuge sobreviviente de aquélla y optó por gananciales, lo que constituye un claro hecho indicador de la simulación enrostrada, del cual puede concluirse que como causa de ella se tuvo el impedir que el inmueble hiciera parte de los bienes a repartir entre los cónyuges y aún entre los herederos de la ya desaparecida; ya que no otra explicación puede otorgársele a la comentada manifestación.

También es evidente que la compraventa del inmueble identificado con matrícula inmobiliaria No. 50C-797275, tildada de simulada, se realizó entre personas unidas por parentesco de consanguinidad y afinidad, pues el vendedor, Crisanto Gómez Fuentes, respecto a los compradores, era el padre de Georgina Gómez Rodríguez, suegro de Álvaro Orlando Loaiza Virguez y tío de William Daniel Rojas López, vínculos mencionados en el libelo introductor²⁵, admitidos en el escrito de contestación del mismo²⁶ y no desconocidos por los demandados al absolver los interrogatorios de parte que les fueron formulados²⁷, por lo que no hay duda de la

24 Ver vuelto del folio 3 del cuaderno 1.

25 Folio 15 del cuaderno 1 -numeral 15-.

26 Folios 120 y 177 del cuaderno 1 -numeral 15º-.

27 **Extracto del interrogatorio de parte rendido por Crisanto Gómez Fuentes:** “PREGUNTA DÉCIMA: diga (...) si conoce de vista trato y comunicación a (...) WILLIAM DANIEL ROJAS LÓPEZ, ÁLVARO ORLANDO LOAIZA VIRGUEZ; y GEORGINA GÓMEZ DE RODRÍGUEZ. CONTESTÓ: Si señor. (...)”. (**folios 234 a 236 del cuaderno 1**)

Extracto del interrogatorio de parte rendido por William Daniel Rojas López: “yo lo conozco [se refiere a Crisanto Gómez] desde que yo llegue a vivir a la casa de él en el año 1990, vive en esa casa unos 6 años, en calidad de arrendatario. (...) con él trabaje mucho en construcción, de hay la confianza que tengo con él (...). PREGUNTA CINCO: que parentesco tiene con las otras dos personas compradores del inmueble citado en esta diligencia. CONTESTO: DON CRISANTO es hermano de mi papá por parte de mamá y hay se

relación de familiaridad, circunstancia que la jurisprudencia y la doctrina, de manera unánime, han tenido como indicio de la *affectio*, mediante la cual se busca dejar la propiedad en cabeza de sujetos que por el afecto y la confianza se presume no la distraerán del haber de aquél a pesar de la enajenación aparente; con fuerza suficiente para de ella derivar la probabilidad de simulación del negocio así otorgado, siempre y cuando se halle otro soporte de estirpe probatorio que conduzca a esa conclusión, como resulta ser el denotado con antelación.

Ahora, en lo que tiene que ver con la capacidad económica de los demandados compradores, resulta de las probanzas traídas al proceso que aquélla no está correlacionada con su posibilidad monetaria de pagar el precio acordado, ello por cuanto como tal se estipuló, según la promesa de compraventa que supuestamente precedió la venta efectiva²⁸, la suma de \$45.000.000, la cual debía cancelarse en cinco contados, así: **(i)** \$15.000.000.oo a la firma de ese acuerdo preparatorio -10 de diciembre de 2001-; **(ii)** \$10.000.000.oo -para el 10 de diciembre de 2002-; **(iii)** \$10.000.000.oo -para el 10 de diciembre de 2003-; **(iv)** \$5.000.000.oo -para el 10 de diciembre de 2004-; y **(v)** \$5.000.000.oo -para el 18 de julio de 2005-; y las documentales vistas a folios 134 a 160 del cuaderno 1, únicas aportadas para soportar la solvencia económica de los aparentes compradores, no dan cuenta que ellos, individualmente considerados, pudieran aportar el porcentaje que frente a las cuotas acordadas les correspondía -33,33%-, atendiendo que según su propio dicho, asumieron tal carga en partes iguales²⁹, de donde los valores que cada uno debía pagar eran los siguientes:

Cuota	Fecha de pago	Monto	Suma a cargo de cada uno de los compradores (33,33%)
1	10/Dic./2001	\$15.000.000.oo	\$5.000.000.oo
2	10/Dic./2002	\$10.000.000.oo	\$3.333.333.33
3	10/Dic./2003	\$10.000.000.oo	\$3.333.333.33
4	10/Dic./2004	\$5.000.000.oo	\$1.666.666.66
5	18/Jul./2005	\$5.000.000.oo	\$1.666.666.66

En cuanto a Georgina Gómez, de la única probanza allegada, se encuentra que los movimientos transaccionales según el extracto de su cuenta de ahorros No. 49-110-609-61 de Bancolombia³⁰, entre el **16 de septiembre de 2002 al 18 de julio de 2005** -data ésta en que debía cancelarse la última cuota pactada-, reflejan que los abonos a la misma tan solo ascendieron a

genera todo, GEORGINA es hija de DON CRISANTO y es prima mía y LAVARO (sic) es el esposo de ella, y ese es el parentesco familiar (...)” **(folios 236 a 238 del cuaderno 1)**

Extracto del interrogatorio de parte rendido por Álvaro Orlando Loaiza Virguez: “SI LO CONOZCO [refiriéndose a Crisanto Gómez], HACE VEINTE AÑOS, las razones porque llegue a trabajar muy cerca de donde el (sic) vivía y porque tengo una relación con una hija de él. Soy casado hace 16 años (...)” **(folios 238 y 239 del cuaderno 1)**

Extracto del interrogatorio de parte rendido por Georgina Gómez Rodríguez: “si lo conozco [refiriéndose a Crisanto Gómez], es mi papá” **(folios 239 y 240 del cuaderno 1)**
28 Folios 132 y 133 del cuaderno 1.

29 **Extracto del interrogatorio de parte rendido por William Daniel Rojas López:** “PREGUNTA OCHO: diga (...) cual (sic) fue el aporte económico de cada uno de las (sic) socios para comprar el inmueble materia de este cuestionario. CONTESTÓ: eso fue en partes iguales del valor, cada uno de a \$15.000.000 por el costo total mas (sic) el valor por todos los trámites notariales (...)” **(folios 236 a 238 del cuaderno 1)**

Extracto del interrogatorio de parte rendido por Álvaro Orlando Loaiza Virguez: “PREGUNTA SEIS: infórmele (...) A esta audiencia que capital apporto (sic) cada uno de los socios para comprar la totalidad del inmueble (...) CONTESTÓ: al comienzo como fueron \$15.000.000 se repartieron en partes iguales (...)” **(folios 238 y 239 del cuaderno 1)**

Extracto del interrogatorio de parte rendido por Georgina Gómez Rodríguez: “PREGUNTA CINCO: informe a esta audiencia cuanta plata puso cada uno de los socios para comprar ese inmueble. CONTESTÓ: \$15.000.000, cada uno, fuera del valor de las escrituras (...) inicialmente se hizo una promesa de venta en esa promesa se le dio \$15.000.000 de los cuales \$5.000.000 fue de cada uno (...)” **(folios 239 y 240 del cuaderno 1)**

30 Folios 141 a 154 del cuaderno 1.

\$3.657.839,00, sin que pueda advertirse que tuviese otro tipo de ingreso, máxime cuando al exponer sus generales de ley en el interrogatorio de parte que rindió, manifestó como su profesión u oficio la de “hogar”, ocupación que aunque de gran repercusión y trascendencia en el ámbito familiar, no genera, por regla general, remuneración alguna, a menos que se efectúe como prestación de un servicio para terceros, lo que no se acreditó que fuera el caso; entonces, de lo dicho se puede colegir que frente a Georgina Gómez **(i)** no se dio cuenta de cuál fue el origen de los \$5.000.000.00 de la primera cuota pactada, que se afirmó haberse cancelado el 10 de diciembre de 2001; **(ii)** tampoco se mostró de donde provinieron los restantes \$10.000.000.00 que debió cubrir, destacando que de la cifra abonada a su cuenta -\$3.657.839.00-, además de ser inferior a la suma que estaba obligada a pagar, no se encuentran excluidos los cargos aplicados para el pago de seguros, consultas, comisiones gravámenes, etc., de donde el monto disponible realmente, a lo sumo, constituiría un reducido abono frente a lo pactado; y **(iii)** ningún movimiento en su cuenta de ahorros se produjo en los días próximos a las fechas, incluidas éstas, en que debían saldarse las cuotas acordadas, por manera que no hay fuente de donde se pudiera suponer que aquéllos pagos sí se efectuaron. (...)

A las precedentes consideraciones se suma que los autonombrados compradores en sus versiones, al igual que el supuesto vendedor, fueron concordantes e inequívocos al señalar que las cuotas fueron canceladas en las fechas acordadas, no antes ni tampoco después, lo que afianza la notable falta de acreditación de los recursos requeridos para las datas correspondientes.

Otro de los hechos significativos que se avizora en el *sub-júdice* es la incontrovertible retención de la posesión, sino de todo, por lo menos de un segmento del bien por parte de quien fungió como enajenante, Crisanto Gómez Fuentes, quien continuó habiéndolo³¹ bajo la fachada de la existencia de unos aparentes contratos de arrendamiento realizados el 10 de enero del año 2002³², mismos a los que aludieron todos los demandados al ser interrogados, donde aquél figuraba como arrendatario, los cuales no surten los efectos pretendidos por la parte pasiva, comenzando porque en la promesa de compraventa signada en diciembre de 2001 jamás se consignó que el bien hubiese sido entregado materialmente a los promitentes compradores en esa data o que así debiera procederse con antelación a la firma del instrumento que perfeccionara el contrato, siendo el único vestigio de la entrega la manifestación incluida en la cláusula quinta de la escritura pública No. 1978 de julio 18 de 2005, a saber, “EL VENDEDOR declara que hace entrega real y material del inmueble (...)”, de donde hasta el 18 de julio de 2005 el predio aún se encontraba en poder de su otrora propietario inscrito, resultando contrario al sentido común que él se obligara a cancelar cánones de arrendamiento por ocupar su propiedad, tanto más cuando ningún soporte se allegó para demostrar ese efectivo reconocimiento, muy seguramente porque nunca existió, por razones tan obvias como que esas convenciones, más allá de su consignación en el papel, no existieron entre los allí contratantes, afirmación que refuerza la constante presencia en el inmueble de una de las actoras, siendo su único fin encubrir la conservación que de la posesión sobre el bien ejercía el simulado vendedor, debiéndose anotar que la “*retentio possessionis*” es uno de los indicios más típicos de la simulación.(...)

31 **Extracto del interrogatorio de parte rendido por Crisanto Gómez Fuentes:** “PREGUNTA DIECISIETE: diga (...) si para la época en que vendió el inmueble usted lo habitaba y hasta que época vivió en el (sic). CONTESTÓ: YO SEGUÍ VIVIENDO PERO ME TOCO (sic) EMPEZAR A PAGARLES ARRIENDO A ELLOS [se refiere a los supuestos compradores] y actualmente vivo ahí, porque ellos como de confianza me dijeron que me quedara ahí mientras ellos podía (sic) construir o vender (...).” **(folios 234 a 236 del cuaderno 1)**

32 Folio 169 y 170 del cuaderno 1.

Correlativamente, precario resulta el acervo probatorio para tener por comprobada la efectiva entrega del inmueble por parte del vendedor a los compradores, ya fuese para la fecha de realización de la promesa de compraventa ora para la de formalización del contrato prometido, notando que aún cuando en ese sentido se pronunciaron afirmativamente los demandados, ninguna versión diferente a la de ellos sirvió de soporte a tal supuesto.

Agrégase que si bien es cierto los demandados William Daniel Rojas y Georgina Gómez aparecen suscribiendo en calidad de arrendadores los contratos de arrendamiento vistos a folios 171 y 172, ello, de por sí, no soporta que el bien les hubiese sido entregado por parte de Crisanto Gómez, más aún cuando para la realización de esas convenciones no requerían ser propietarios, pues como se tiene por sabido, en el arriendo se entrega la mera tenencia del objeto del acuerdo, y su posible celebración solo se realizó en 2006.

Únese a lo expuesto que por el extremo pasivo, si no en su totalidad por lo menos por parte de Crisanto Gómez Fuentes³³ y William Daniel Rojas López³⁴, se explicó que la venta del inmueble tuvo por finalidad que el vendedor cancelara algunas deudas que tenía a cargo, empero, si como lo manifestaron, eso sí, la totalidad de los demandados, al momento de recibir el inmueble en el mismo se hallaban varios inquilinos y si a ello se agrega que el predio, según el dictamen pericial rendido en el trámite, cuenta con cinco (5) apartamentos³⁵, los que evidentemente generaban rentabilidad mensual para el supuesto vendedor, contradictorio resulta que debiera transferir el dominio del bien para obtener solvencia económica, y aún más discordante que el pago total del precio finalmente fuera diferido en algo más de tres (3) años.

De suerte que valorados los medios probatorios compendiados, de conformidad con la sana crítica, surge la prosperidad de la demanda, la que develó que el acto jurídico celebrado por Crisanto Gómez Fuentes, William Daniel Rojas López, Álvaro Orlando Loaiza Virguez y Georgina Gómez Rodríguez -el primero como vendedor y los restantes como compradores-, contenido en la escritura pública No. 1978 de julio 18 de 2005, no existió verdaderamente, pues su móvil fue evitar que el inmueble se incluyera dentro de la liquidación de la sociedad conyugal que existió entre Crisanto Gómez Fuentes y María Mercedes Sánchez de Gómez (q.e.p.d.), con obvias repercusiones frente a los herederos de ésta, aquí demandantes, lo que dejó al descubierto una simulación absoluta, a la vez que lleva al traste, sin ambages, las excepciones de mérito formuladas por la parte pasiva y que denominaron (i) “INEXISTENCIA DE VICIO EN LA NEGOCIACIÓN Y LEGALIDAD DE LA VENTA”, (ii) “INEXISTENCIA DEL DERECHO PRETENDIDO”, y (iii) “LEGALIDAD EN LA COMPRAVENTA CON EL LLENO DE REQUISITOS”, las que por demás se fincaron en supuestos fácticos que conducen a predicar la validez de la compraventa, circunstancia que no se discutió por los actores y que es presupuesto para lograr la declaración de simulación.

Como corolario de lo decantado concluye la Sala que verdaderamente en este litigio se demostraron varios indicios que satisfacen los requisitos legales y de los cuales se puede inferir que el contrato de compraventa efectuado entre los demandados se celebró de manera simulada, en su especie absoluta, y por ende recoge un acto jurídico apartado de la realidad, en tanto no

33 **Extracto del interrogatorio de parte rendido por Crisanto Gómez Fuentes:** “(...) yo me vi un poco ahora sin plata, sin trabajo, debía una plata y no había de donde pagar, entonces me toco (sic) vender el inmueble para poder pagar una de las platas que debía (...)”. (folios 234 a 236 del cuaderno 1)

34 **Extracto del interrogatorio de parte rendido por William Daniel Rojas López:** “PREGUNTA SEIS: diga (...) como nació la idea de comprar el inmueble que se ha relacionado en esta audiencia. CONTESTÓ: CRISANTO GÓMEZ tenía sus deudas y él la ofreció (...)” (folios 236 a 238 del cuaderno 1)

35 Folio 392 del cuaderno 1.

existió el querer de las partes para certeramente otorgarlo, como surge de las pruebas practicadas en este asunto, lo que genera que el predio involucrado deba regresar al patrimonio de la sociedad conyugal atrás aludida, y como María Mercedes Sánchez falleció, con aquél fin ha de reintegrarse el inmueble a su sucesión, la cual cursa en el Juzgado 15 de Familia de Bogotá, por lo que la decisión adoptada por el juez de instancia debe revocarse, como al efecto se procederá.

Por último, se precisa que las pretensiones que se abren paso únicamente son las relativas a la declaración de simulación absoluta del contrato redarguido y, consecuencialmente, el reintegro del bien identificado con folio de matrícula inmobiliaria No. 50C-797275, allí implicado; sin que suceda lo mismo con las relacionadas con el inmueble con matrícula No. 50C-1267005, respecto al cual no pueden extenderse los efectos de la convención aparente, por cuanto el supuesto fáctico en que se soportó la demanda no censura en modo alguno la adquisición del último y ésta no tiene relación con el contrato aquí auscultado, y por esa misma línea, claro es que lo que tiene que ver con los usufructos y gananciales producidos por el primero no puede ser objeto del presente asunto, máxime cuando se declarara la existencia de la simulación absoluta del contrato que no relativa, entre otros aspectos, bajo el supuesto que el bien no fue entregado a los demandados compradores, sino que la posesión la mantuvo el otro demandado, evidenciándose que no puede considerarse que quienes supuestamente compraron obtuvieron algún beneficio por frutos cuando en su poder no estuvo el inmueble. ".(...)

SALVAMENTO DE VOTO

La razón de mi respetuosa discrepancia con la decisión mayoritaria es sencilla: en el régimen de la sociedad conyugal lo que determina la pertenencia de un bien a sus haberes o al patrimonio propio de unos de sus cónyuges no es tanto la fecha de su adquisición (si durante la vigencia o antes o después de su formación o disolución), sino la causa o título que da lugar a ella, como se desprende fácilmente de los artículos 1781, 1783, 1789, 1792 y 1793 del Código Civil.

Por eso, entonces, para determinar si un inmueble compone el haber social no basta reparar en la época de su adquisición. Que lo fue durante el matrimonio es apenas indicativo pero no concluyente; lo propio sucede si fue después de la disolución. Tal la razón para que el bien prometido en compra por quien luego se casa sea propio, aunque la venta se perfeccione ya casado; ese mismo el motivo por el que la promesa celebrada durante el matrimonio, torne en social el bien transferido a uno de los divorciados, luego de roto el vínculo marital.

Lo dijo la Corte Suprema en un caso bastante similar al que ocupó la atención del Tribunal, en el que uno de los cónyuges, estando casado, perfeccionó la venta que había proyectado hacer mientras fue soltero. La Corte concluyó que el bien era propio "porque la causa de la adquisición, consistente en tales acuerdo y pago del precio, era anterior a la celebración del matrimonio" (sentencia de 23 de noviembre de 1954). Lo dijo también en fallo de 17 de enero de 2006, al puntualizar, para que no quede duda, que "para determinar el carácter de un bien no se atiende a la época de la adquisición del dominio sino a aquella en que se genera la causa o título que la produce". Por cierto que también lo dice la doctrina, como puede leerse en Alessandri Rodríguez y Lafont Pianetta.

Es cierto que la promesa no es un acto de enajenación; es cierto que no es título traslativo de dominio; es cierto que no genera obligaciones de dar, y es cierto que se trata de un precontrato, como se afirma en la sentencia. Pero la promesa sí es

causa porque los promitentes vendedor y comprador no se pueden sustraer de la obligación de hacer que contrajeron consistente en perfeccionar el contrato prometido, el cual se celebra, precisamente, para darle cumplimiento a ese otro negocio jurídico. Con otras palabras, el promitente comprador tiene que comprar sin importar su estado civil. Casado o soltero debe honrar su deber de prestación. ¿Cómo, entonces, sostener que la promesa de contrato es irrelevante a la hora de definir si un bien es propio o social?

Por cierto que como buena parte del precio también fue satisfecha –en este caso– por el promitente comprador mientras fue soltero, con mayor razón debe afirmarse que el inmueble disputado es del peculio propio del señor Crisanto Gómez Fuentes. Y si ello es así, los demandantes carecían de legitimación para formular las pretensiones”. (...)

FUENTE NORMATIVA :	ARTÍCULOS 1502, 1766, 1792, 1793 y 1852 del C.C.
	: ARTÍCULOS 101 y 357 del C.P.C.
	: LEY 13 95 DE 2010
	: Sentencias Sala de casación Civil Corte Suprema de Justicia de
	: junio 3 de 1996 M.P. José Fernando Ramírez, julio 11 de 2000 M.P.
	: Silvio Fernando Trejos, 27 de agosto de 2002 M.P. Jorge Santos
	: Ballesteros, agosto 14 de 1995 M.P. Nicolás Becharía Simancas
	: 19 de noviembre de 2002 M.P. Jorge Santos Ballesteros
	: OSPINA Guillermo, Régimen General de la Obligaciones. Editorial
	: Temis. Págs. 484 Y 485.
	: TAMAYO LOMBANA Alberto, Manual de Obligaciones. Editorial
	: Temis. Pág. 333.
	: MORALES MOLINA, Hernando. Curso de Derecho procesal Civil
	: Parte general, Novena Edición. Editorial ABC. Bogotá Colombia
	: 1985. Págs. 145 a 151
FECHA :	2013-10-05
PROCESO :	ORDINARIO SIMULACIÓN (APELACIÓN SENTENCIA)
PONENTE :	Dra.LUZ MAGDALENA MOJICA RODRÍGUEZ
DEMANDANTE :	LUZ MERY GÓMEZ SÁNCHEZ Y OTROS
DEMANDADO :	CRISANTO GÓMEZ FUENTES Y OTROS
RADICACIÓN :	110013103014200600486 01
DECISIÓN :	REVOCA LA SENTENCIA APELADA
SALVAMENTO DE VOTO :	Dr. MARCO ANTONIO ÁLVAREZ GÓMEZ

1.2.
Sala de Familia

El problema jurídico por resolver a la Sala se centra en verificar si es viable incluir unas recompensas denunciadas mediante trámite incidental por la parte actora controversia que surge en la elaboración del inventario de la sociedad conyugal conformada durante el matrimonio de **BLANCA CECILIA MORENO y OSTILIO ARIAS GUERRERO**.

“Y PUESTO QUE DE CONFORMIDAD CON EL PRINCIPIO DE LA CARGA DE LA PRUEBA, CORRESPONDÍA AL INCIDENTANTE, DEMOSTRAR LOS SUPUESTOS DE HECHO DE LAS NORMAS QUE AUTORIZAN EL RECONOCIMIENTO DE RECOMPENSAS, BIEN HIZO LA DECISIÓN CUESTIONADA EN NO ACEPTAR LAS COMPENSACIONES RECLAMADAS.

POR OTRA PARTE, TAMPOCO TIENE RAZÓN EL RECURRENTE EN SU RECLAMO FRENTE A LA EXCLUSIÓN OFICIOSA DE LAS RECOMPENSAS POR PARTE DEL JUEZ, PUES, EL FUNCIONARIO EN SU CONDICIÓN DE DIRECTOR DEL PROCESO, SIMPLE Y LLANAMENTE DIO CUMPLIMIENTO A LO PREVISTO EN EL NUMERAL 2, INCISO 2º DEL ARTÍCULO 600 DEL C. DE P. C., QUE PREVÉ: “EN EL ACTIVO DE LA SOCIEDAD CONYUGAL SE

INCLUIRÁN LAS COMPENSACIONES DEBIDAS A LA MASA SOCIAL POR EL CÓNYUGE SOBREVIVIENTE O POR EL DIFUNTO, SIEMPRE QUE SE DENUNCIEN POR LA PARTE OBLIGADA O QUE ÉSTA ACEPTÉ EXPRESAMENTE LAS QUE DENUNCIE LA OTRA. EN LOS DEMÁS CASOS, SE PROCEDERÁ COMO DISPONE EL ARTÍCULO SIGUIENTE".(SUBRAYAS FUERA DEL TEXTO). EN OTRAS PALABRAS, SI QUIEN INCLUYE EN EL INVENTARIO UNA RECOMPENSA NO ES EL OBLIGADO A PAGARLA, SÓLO PUEDE HACERLO EN LA AUDIENCIA DE INVENTARIOS CUANDO MEDIA RECONOCIMIENTO EXPRESO, NO TÁCITO, DE LA PARTE OBLIGADA A PAGARLA, Y NO PUEDE ACEPTAR EXPRESAMENTE QUIEN NO ASISTE A LA AUDIENCIA." (...)

a) La Demanda

En el proceso de liquidación de la sociedad conyugal conformada durante el matrimonio de **BLANCA CECILIA MORENO** y **OSTILIO ARIAS GUERRERO**, el día veintisiete (27) de agosto de dos mil doce (2012) se celebró la audiencia de inventarios y avalúos a la que compareció la señora apoderada de la parte actora quien presenta en el inventario tres partidas relacionadas como recompensas a favor de **OSTILIO ARIAS GUERRERO** y a cargo de **BLANCA CECILIA MORENO** así:

- a. La suma de \$13.500.000.00 producto de la venta de un vehículo de placas SOI 859.
- b. La suma de \$6.305.888.00 producto e la venta que hiciera **BLANCA CECILIA MORENO** de los derechos que le correspondían sobre el inmueble distinguido con la matrícula inmobiliaria No. 50N-20092698.
- c. La suma de \$20.037.777, producto de la venta de la cuota parte que correspondió a la demandada sobre el inmueble distinguido con la matrícula inmobiliaria No. 50 C-187610.

Acorde con lo previsto en el numeral 2° del Artículo 600 del C.P.C., el juzgado excluyó las recompensas inventariadas, por el hecho de no haber comparecido para aceptarlas, la parte demandada.

2. Durante el traslado de los inventarios, la apoderada del demandante, presenta incidente de objeción tendiente a que se reconozcan las recompensas por la suma de \$26.671.832.00 a cargo de **BLANCA CECILIA MORENO** y a favor de **OSTILIO ARIAS GUERRERO**, capital que según la incidentante, fue utilizado por aquella en desmedro de la sociedad conyugal. Aduce que durante la vigencia de la sociedad conyugal se adquirió el vehículo de placas SOI 859, que fue vendido el 15 de diciembre de 2007, venta que se efectuó por cuotas que aún estaban "*insolutas para la fecha de la separación...*"; reclama la suma de \$27.000.000.00., dinero que la señora **BLANCA CECILIA MORENO** no ha reintegrado al activo de la sociedad conyugal. También, la demandada adquirió en la vigencia de la sociedad conyugal, una cuota parte de los inmuebles distinguidos con la matrícula inmobiliaria No. 050N-20092698 y 50C-187610, derechos avaluados, el primero en \$6.305.888.00 y el segundo en \$20.037.777.00, bienes vendidos por la demandada, quien de esta manera adecua a su excónyuge o a la sociedad conyugal la suma de \$13.181.832.00.

3. Con auto del once (11) de diciembre de dos mil doce (2012) el juzgado toma la decisión de declarar no probada la objeción planteada e imparte aprobación al inventario. (...)

b) Providencia impugnada

Inconforme con la decisión, la apoderada de la parte incidentante, interpone recurso de apelación por considerar que el juzgado desconoció el principio de buena fe y favorece a la parte demandada al no reconocer que se apoderó de los dineros inventariados como recompensas; cuyo respaldo probatorio fue aportado en la diligencia de inventario, a través de la cual se acredita que para la fecha de las ventas, estaba en trámite el proceso de divorcio. Pide considerar como prueba indiciaria, la conducta de la parte pasiva quien no se opone a las afirmaciones que hace el incidentante. Solicita la revocatoria del auto impugnado, para que en su lugar, se reconozcan las recompensas pedidas a favor del demandante.

c) Consideraciones

La liquidación de la sociedad conyugal constituye en principio, un ejercicio contable que permite establecer definitivamente si durante la vigencia del matrimonio, en el que por virtud del Artículo 180 del Código Civil³⁶ surgió sociedad conyugal, quienes estuvieron casados adquirieron un patrimonio social, activos y pasivos que dejaron ganancias y que deben repartirse equitativamente entre los socios, o bien, que hay responsabilidades solidarias a cargo de los mismos, tal como lo prevé el Artículo 2° de la Ley 28 de 1932. Se trata en fin, de hacer cuentas y repartir ganancias o pérdidas equitativa y solidariamente.

Ésta la razón por la cual, una vez disuelta la sociedad conyugal, en acatamiento a lo dispuesto en el artículo 1824 del Código Civil, debe proceder *“inmediatamente a la confección de un inventario y tasación de todos los bienes que usufructuaba o de que era responsable, en el término y forma prescritos para la sucesión por causa de muerte”*.

El inventario según está previsto en el artículo 1310 del Código Civil, es un acto solemne en el que las partes declaran de común acuerdo, o de modo independiente, si no lo hay, todos aquellos bienes raíces o muebles, créditos y obligaciones determinados, por sus características y valor, fijado mediante consenso o, bien judicialmente establecido previo dictamen pericial, de modo tal, que sólo cuando se hubieren resuelto todas las controversias propuestas frente al patrimonio inventariado, se impartirá aprobación, con efectos vinculantes para los partícipes en la liquidación, frente a quienes se constituye, a decir de la doctrina, la base *“real u objetiva de la partición”*.

La necesidad de determinar con toda claridad el patrimonio social en liquidación, es una garantía para los interesados quienes de esta manera sabrán a ciencia cierta, cuál es el alcance de su participación en la sociedad conyugal o patrimonial y cuales sus obligaciones, personales y sus obligaciones solidarias frente a terceros. A la vez, el inventario permite preservar la buena fe de quienes por cualquier circunstancia como acreedores o terceros pueden ver comprometidos sus intereses en la liquidación, toda vez que podrán facultativamente hacer valer sus créditos en la diligencia de inventario o en proceso separado, cuando de acreedores se trata.

Para la elaboración del inventario deben seguirse las reglas señaladas, entre otras disposiciones, en los artículos 600, 601 y 605 del C. de P. C., en armonía sustancial con lo que el Capítulo II del Título XXII del Código Civil, describe como *“el haber y las cargas de la sociedad conyugal”* (artículos 1781 a 1804 C. C. y en materia fiscal, el artículo 42 del Decreto 2821 de 1974).

Como no todo bien mueble o inmueble habido antes o durante el matrimonio puede considerarse parte *“del haber social”*, así ingrese jurídica o materialmente a la

³⁶ Código Civil, Artículo 180: *“Por el hecho del matrimonio se contrae sociedad de bienes entre los cónyuges, según las reglas del título 22, libro IV, del Código Civil (...)”*

sociedad conyugal o patrimonial; o no todo gasto o consumo de bienes durante la existencia de dicha sociedad puede tener causa o es de cargo de la comunidad de bienes; para evitar perjuicios por cuenta de ese desplazamiento patrimonial, al momento de efectuar la liquidación, la ley establece mecanismos de exclusión de bienes y preservación del equilibrio en el reparto, como son la subrogación y las compensaciones, también llamadas recompensas.

Esa la razón por la cual, el Artículo 600 del C. de P. C., anuncie en su numeral 2° que, *“Cuando en el proceso de sucesión haya de liquidarse la sociedad conyugal, en el inventario se relacionarán los correspondientes activos y pasivos por lo cual se procederá conforme a lo previsto en el artículo 4º de la Ley 28 de 1932, con observancia de lo dispuesto en el numeral anterior, en lo pertinente.*

”En el activo de la sociedad conyugal se incluirán las compensaciones debidas a la masa social por el cónyuge sobreviviente o por el difunto, siempre que se denuncien por la parte obligada o que ésta acepte expresamente las que denuncie la otra. En los demás casos se procederá como dispone el artículo siguiente.

”En el pasivo de la sociedad conyugal se incluirán las compensaciones debidas por la masa social al cónyuge sobreviviente o por el causante, (entiéndase a la herencia dejada por el causante), para lo cual se aplicará lo dispuesto en el inciso anterior”.

Surge así la figura de la compensación como el mecanismo jurídico legalmente previsto para restablecer el equilibrio económico cuando hay desplazamiento de valores a favor o en contra de la sociedad conyugal, o patrimonial; a favor o en contra de los cónyuges o de terceros, que no tienen causa en el trabajo, ni en las relaciones de solidaridad legalmente establecidas entre cónyuges o compañeros, como sí la tiene, el caso de los gastos que genera el matrimonio, los hijos o en general los negocios que pudieran calificarse como sociales.

El fundamento jurídico de las compensaciones radica de modo general en la proscripción del enriquecimiento sin causa, específicamente para la liquidación de la sociedad conyugal, en lo previsto en los Artículos 1825 y 1826 del Código Civil, que autorizan, el primero, que permite sumar al haber social las deudas que los cónyuges tengan con la sociedad porque del patrimonio social se han sustraído valores invertidos luego en beneficio del cónyuge y, conforme a la segunda disposición se afianza, a excluir de la masa las especies o cuerpos ciertos que perteneciendo a los cónyuges de modo exclusivo, ingresaron y enriquecieron la sociedad conyugal.

Según autorizada doctrina *“Las recompensas son créditos que el marido, la esposa o la sociedad pueden reclamarse entre sí en la liquidación de la sociedad conyugal, por haber ocurrido desplazamientos patrimoniales o pago de obligaciones a favor o en contra de la sociedad o de los cónyuges.*

”SOMARRIVA considera a las recompensas como `el conjunto de créditos o indemnizaciones en dinero, que se hacen valer en el momento de liquidar la sociedad conyugal, a fin que cada cónyuge aproveche los aumentos y soporte en

*definitiva las cargas que legalmente le corresponden. Más corto, recompensas son los créditos que marido, mujer y sociedad pueden reclamarse recíprocamente`.*³⁷

Esto nos lleva a considerar que el reconocimiento de una recompensa supone la demostración de los siguientes supuestos: 1) el desplazamiento patrimonial de la sociedad conyugal al patrimonio de los cónyuges o de éstos al patrimonio social; 2) el empobrecimiento de uno de los patrimonios a costa del otro; 3) el enriquecimiento de uno de los dos patrimonios a expensas del otro.

Siguiendo esta línea de razonamiento, corresponde a quien pretende inventariar una recompensa a favor de la sociedad conyugal y a cargo de la cónyuge, en armonía con la carga procesal del Artículo 177 del C. de P. C., demostrar: 1) que hubo desplazamiento del patrimonio, de bienes de la sociedad conyugal; 2) que el patrimonio social enriqueció el patrimonio de la cónyuge; 3) que el patrimonio social se empobreció sin causa justificativa.(...)

Como por otra parte, en vigencia del matrimonio el artículo 1° de la Ley 28 de 1932, autoriza la libre administración de los bienes por los cónyuges, sin consideración a la naturaleza social de ellos, se presume en principio, que los negocios jurídicos efectuados en ejercicio de esa libertad, hace parte del giro ordinario de acciones autorizadas en la ley, que los cónyuges pueden efectuar libremente, obteniendo o no ganancias, pues si lo que se vende se invierte en las necesidades de la sociedad conyugal, ningún desplazamiento patrimonial se presenta.

Quiere decir lo anterior, que correspondía al incidentante demostrar que se produjo desplazamiento del patrimonio social al patrimonio propio de la demandada, en un beneficio que no tendría explicación en las necesidades y obligaciones de la sociedad conyugal, entre las que se cuentan el sostenimiento de los cónyuges, o en el pago de obligaciones sociales, pago de impuestos, entre otros.

Como tales circunstancias no se demostraron por el reclamante, ni siquiera se enunciaron hechos tendientes a explicar cómo operó el empobrecimiento del patrimonio social y el enriquecimiento del patrimonio de la cónyuge con cargo a la referidas ventas, ya porque se hubieren pagado deudas propias de la señora **BLANCA CECILIA MORENO**, o se invirtieron en el mejoramiento o compra de bienes propios, o se hubieren transferido simuladamente a sus allegados, entre otras circunstancias; no basta con afirmar que se efectuaron unas ventas, pues se reitera, la libertad negocial de los cónyuges en vigencia de la sociedad conyugal autoriza la celebración de negocios, y por lo demás, el indicio de la conducta procesal de la demandada es insuficiente para acreditar la existencia de obligaciones indemnizatorias que según la ley, deben ser expresamente reconocidas, lo que equivale a decir, confesadas, por la parte a quien se atribuye el pago.

Y puesto que de conformidad con el principio de la carga de la prueba, correspondía al incidentante, demostrar los supuestos de hecho de las normas que autorizan el reconocimiento de recompensas, bien hizo la decisión cuestionada en no aceptar las compensaciones reclamadas.

37 DERECHO DE FAMILIA, Tomo I, Octava Edición, Roberto Suárez Franco.
pág. 367

Por otra parte, tampoco tiene razón el recurrente en su reclamo frente a la exclusión oficiosa de las recompensas por parte del juez, pues, el funcionario en su condición de director del proceso, simple y llanamente dio cumplimiento a lo previsto en el numeral 2, inciso 2° del artículo 600 del C. de P. C., que prevé: “En el activo de la sociedad conyugal se incluirán las compensaciones debidas a la masa social por el cónyuge sobreviviente o por el difunto, siempre que se denuncien por la parte obligada o que ésta acepte expresamente las que denuncie la otra. En los demás casos, se procederá como dispone el artículo siguiente”.(subrayas fuera del texto). En otras palabras, si quien incluye en el inventario una recompensa no es el obligado a pagarla, sólo puede hacerlo en la audiencia de inventarios cuando media reconocimiento expreso, no tácito, de la parte obligada a pagarla, y no puede aceptar expresamente quien no asiste a la audiencia”. (...)

FUENTE NORMATIVA :	ARTÍCULOS 392, 600 numeral 2°, 601 y 605 del C.P.C.
	: ARTÍCULOS 1° y 2° Ley 28 de 1932
	: ARTÍCULOS 180, 1310, 1781 a 1804 y 1824 del C.C.
	: ARTÍCULO 42 del Decreto 2821 de 1974
	: DERECHO DE FAMILIA, Tomo I, Octava Edición, Roberto Suárez
	: Franco. Pág. 367.
	: LAFONT Planeta Pedro,” DERECHO DE SUCESIONES”, Tomo II,
	: Octava Edición, Librería del Profesional, Bogotá, 2008.
FECHA	: 2013-05-02
PROCESO	: LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD CONYUGAL (APELACIÓN AUTO)
PONENTE	: Dra. LUCÍA JOSEFINA HERRERA LÓPEZ
DEMANDANTE	: OSTILIO ARIAS GUERRERO
DEMANDADO	: BLANCA CECILIA MORENO DE ARIAS
DECISIÓN	: CONFIRMA AUTO

1.3.
Sala Laboral

El problema jurídico por resolver la Sala se centra en dilucidar cual dictamen de pérdida de capacidad laboral del aquí demandante debe acogerse, si el de la Junta Nacional de Invalidez, o el de la Junta Regional de Invalidez, para resolver la inconformidad del apelante referida a la fecha a partir de la cual debe ser impuesta la condena por concepto de intereses moratorios.

“ENTONCES, CON EL PROPÓSITO DE DEFINIR SI DEBE DARSE MAYOR CRÉDITO A LAS CONCLUSIONES DE LA JUNTA NACIONAL O A LAS DE LA JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ, RESULTA DE GRAN UTILIDAD LA JURISPRUDENCIA DE LA SALA LABORAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA QUE, EN TORNO AL TEMA DE AUTOS, INDICÓ EN LA SENTENCIA CON RADICACIÓN 29328 DEL 13 DE SEPTIEMBRE DE 2006, LO SIGUIENTE “*LA CIRCUNSTANCIA DE QUE LA JUNTA NACIONAL ACTÚE COMO ÓRGANO DE SEGUNDA INSTANCIA PARA RESOLVER LAS RECLAMACIONES FORMULADAS POR LOS INTERESADOS CONTRA LAS EVALUACIONES DE LAS JUNTAS REGIONALES, NO NECESARIAMENTE SU CONCEPTO OBLIGA AL JUEZ*”, DE ADMITIRSE UNA TESIS CONTRARIA, ESTO ES, QUE EL DICTAMEN DE LA JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ ES IRREBATIBLE POR EL JUEZ LABORAL, SU PAPEL SE VERÍA REDUCIDO A AVALAR EL CRITERIO CONSIGNADO EN EL DICTAMEN, HACIENDO CASO OMISO DE LOS RESTANTES ELEMENTOS DE JUICIO QUE APORTARAN LAS PARTES EN LITIGIO.

AL PUNTO, RESALTA LA SALA QUE ANTE LA APORTACIÓN DE DOS O MÁS PRUEBAS, BIEN PUEDE EL OPERADOR JUDICIAL SUSTENTAR SU DECISIÓN

EN UNA DE ELLAS A LA QUE LE DA MAYOR GRADO DE CONVICCIÓN, DEJANDO DE LADO OTRA U OTRAS QUE NO LE OFRECEN IGUAL CREDIBILIDAD AL ANALIZARLA EN ARMONÍA CON EL RESTANTE MATERIAL PROBATORIO. EN SIMILAR SENTIDO, PUEDE CONSULTARSE LA SENTENCIA DE LA SALA LABORAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA CON RADICACIÓN 3545038 DEL PASADO 18 DE SEPTIEMBRE DE 2012.”(...)

a) La demanda

Constituyó el anhelo³⁹ del demandante LUÍS HEYDER PÁEZ RUSSI en este proceso ordinario, el reconocimiento y pago retroactivo de la pensión por invalidez, de acuerdo con el artículo primero de la Ley 860 de 2003, a partir del 14 de septiembre de 2006; junto con los intereses moratorios, las condenas *ultra* y *extra petita* y las costas; obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones.

b) Los hechos:

El litigio en síntesis consiste en que el demandante ha obtenido calificación de pérdida de su capacidad laboral en varias oportunidades, entre ellas, se destacan el dictamen de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez en el cual su pérdida de capacidad laboral fue estimada en un 53,25% y fue definida como fecha de estructuración el 24 de noviembre de 1988; en segundo lugar, el dictamen emitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez la cual determinó una pérdida de capacidad laboral del 54,68% y fecha de estructuración 14 de septiembre de 2006. Proferidos tales dictámenes el actor ha acudido a la AFP PORVENIR S.A. solicitando el reconocimiento de la pensión de invalidez, la cual le ha sido negada con base en que la fecha de estructuración definida por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez es anterior a la fecha de afiliación del demandante a la administradora demandada.

C) La sentencia

El juez de primera instancia, después de encontrar contrario a la lógica que pese a haber sido calificado como inválido por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez el demandante hubiera podido trabajar y cotizar al sistema⁴⁰, con apoyo en los razonamientos de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia consignados en la sentencia con radicación 3261741, concluyó que el referido dictamen no reflejaba la realidad y por tanto consideró que la fecha de estructuración de la invalidez del demandante era la señalada por la Junta Regional de Calificación de Invalidez⁴², esto es, el 14 de septiembre de 2006 (folio 29).

d) Consideraciones

38 “De la misma manera tiene señalado la Corporación, que el dictamen de la Junta Nacional de Calificación de invalidez no obliga al juzgador y que si para definir una determinada controversia se ve enfrentado a dos dictámenes disímiles uno rendido por la junta regional y otro por la nacional, podrá escoger para fundamentar su decisión aquél que le merezca mayor credibilidad analizado dentro del conjunto de elementos probatorios con los que cuente, pudiendo también optar si lo considera menester, por ordenar un tercer dictamen todo dentro del marco de libertad probatoria que le asiste de conformidad con los artículos 51, 54 y 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.”

39 Fl. 35.

40 CD fl. 154, record 22:36.

41 CD fl. 154, record 23:13.

42 CD fl. 154, record 26:57.

Como quiera que no se discuten en esta instancia las restantes conclusiones de la sentencia apelada, valga decir, las referidas a la condición de inválido del actor⁴³, ni la acumulación de la cantidad y densidad de semanas⁴⁴ exigidas por la Ley para la causación del derecho pensional reclamado, corresponde a la Sala definir, en primer lugar, si ante la aportación de dos dictámenes de calificación de pérdida de capacidad laboral, uno emitido por la Junta Regional y otro por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, el juez resulta atado a atender el concepto de ésta o si por el contrario, como ocurrió en autos, apoyado en otros elementos probatorios, puede optar por darle crédito al criterio de la Junta Regional de Calificación de Invalidez. En caso de acoger la segunda tesis, corresponde a la Sala resolver la inconformidad de la apelante referida a la fecha a partir de la cual debe ser impuesta la condena por concepto de intereses moratorios.

Con tal propósito, ha de resaltar la Sala en primer lugar, que de acuerdo con el artículo 60 del C. P. del T. y la S.S., el operador judicial al momento de resolver el litigio sometido a su consideración debe analizar la totalidad de las pruebas oportunamente allegadas al expediente. En segundo lugar, que siendo los dictámenes emitidos por las juntas de calificación de invalidez pruebas periciales, dados los conocimientos especiales de que gozan los integrantes de las juntas, tales elementos de convicción deben ser analizados armónicamente con los demás recaudados en el debate probatorio.

Entonces, con el propósito de definir si debe darse mayor crédito a las conclusiones de la Junta Nacional o a las de la Junta Regional de Calificación de Invalidez, resulta de gran utilidad la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia que, en torno al tema de autos, indicó en la sentencia con radicación 29328 del 13 de septiembre de 2006, lo siguiente *“la circunstancia de que la Junta Nacional actúe como órgano de segunda instancia para resolver las reclamaciones formuladas por los interesados contra las evaluaciones de las juntas regionales, no necesariamente su concepto obliga al juez”*, de admitirse una tesis contraria, esto es, que el dictamen de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez es irrefutable por el juez laboral, su papel se vería reducido a avalar el criterio consignado en el dictamen, haciendo caso omiso de los restantes elementos de juicio que aportaran las partes en litigio.

Al punto, resalta la Sala que ante la aportación de dos o más pruebas, bien puede el operador judicial sustentar su decisión en una de ellas a la que le da mayor grado de convicción, dejando de lado otra u otras que no le ofrecen igual credibilidad al analizarla en armonía con el restante material probatorio. En similar sentido, puede consultarse la sentencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia con radicación 3545045 del pasado 18 de septiembre de 2012.

En autos, del examen del expediente, no se presenta duda alguna respecto de la realidad vivida por el demandante, esto es, que pese a la calificación emitida por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, emitida el 26 de noviembre de 2011 (folios 22 al 25) según la cual sufría una pérdida de capacidad laboral del 53,25%

43 CD fl. 154, record 27:48.

44 CD fl. 154, record 27:57.

45 *“De la misma manera tiene señalado la Corporación, que el dictamen de la Junta Nacional de Calificación de invalidez no obliga al juzgador y que si para definir una determinada controversia se ve enfrentado a dos dictámenes disímiles uno rendido por la junta regional y otro por la nacional, podrá escoger para fundamentar su decisión aquél que le merezca mayor credibilidad analizado dentro del conjunto de elementos probatorios con los que cuente, pudiendo también optar si lo considera menester, por ordenar un tercer dictamen todo dentro del marco de libertad probatoria que le asiste de conformidad con los artículos 51, 54 y 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.”*

con fecha de estructuración 24 de noviembre de 1988, el actor mantuvo una vinculación laboral como trabajador dependiente de Transportes y Repartos Urbanos, en virtud de la cual se afilió a la AFP PORVENIR y acumuló cotizaciones entre marzo de 1995 y junio de 2007 (folios 4 al 7). Ello, da cuenta de la aptitud del actor para prestar sus servicios como auxiliar de camionetas (folios 22 y 26), en otras palabras, pone en evidencia que el demandante no se encontraba inválido desde la fecha reseñada por la Junta Nacional.

En cambio, el periodo de menos de un año corrido entre la fecha en la que el demandante dejó de acumular cotizaciones a la AFP PORVENIR S.A., es decir, junio de 2007 (folio 7) y la de estructuración definida por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá Cundinamarca, esto es, el 14 de septiembre de 2006 (folio 29), sí permite concluir que la disminución de la fuerza y aptitud laboral del demandante se presentó en la fecha señalada por la Junta Regional.

En esta línea argumentativa, concluye la Sala que la decisión de primera instancia de apoyar su sentencia en la fecha de estructuración de invalidez definida por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá Cundinamarca y dejar de lado la señalada por la Junta Nacional, en el caso de autos y en consideración al análisis del material probatorio recaudado, resulta acertada.

En otro giro, en lo que tiene que ver con el tema de los intereses moratorios, ha de indicar la Sala que para su causación tan solo es necesario que se compruebe la tardanza en el pago, sin miramientos a la razonabilidad o buena fe en la desatención de la obligación pensional por parte de la entidad de seguridad social respectiva. Al respecto, puede consultarse la sentencia con radicación 3537246.

Así las cosas, la exigibilidad del derecho a los intereses moratorios está sujeta, por un lado, a que se haya presentado la respectiva solicitud de la prestación pensional de que se trate, y por otro, a que se haya superado el término legal para el reconocimiento del derecho pensional sin que éste se haya producido, aún cuando se satisfagan enteramente los requisitos legales, como se recordó en la sentencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia con radicación 3214147.

46 *“Es evidente que la pensión objeto de controversia se enmarca dentro del régimen de seguridad social integral de la Ley 100 de 1993, de tal manera que resulta procedente el reconocimiento de los intereses moratorios por el retardo en el pago de las mesadas pensionales por parte de la demandada, y contrario a lo expuesto por la censura, el derecho al pago de los intereses de mora previstos en el artículo 141 de esa Ley, surge del incumplimiento de la obligación de la entidad llamada a reconocer la pensión y no está sujeto a condiciones o requisitos diferentes; así lo señaló la Sala en la sentencia del 9 de abril de 2003, radicación 19608, reiterada, entre otras, en la del 15 de agosto de 2006, radicación 27540”.*

47 *“Sin embargo, en fecha más reciente, 12 de diciembre de 2007, rad. N° 32003, esta interpretación fue precisada -con ocasión de una prestación de vejez pero argumentaciones que resultan plenamente aplicables a una de sobrevivientes-, y se admitió que el estado de mora surge una vez vencido el término que la ley concede a la administradora de pensiones para proceder al reconocimiento y pago de la prestación, sin que lo haya hecho. No basta entonces, la reclamación por parte del interesado o beneficiario, sino que se debe dejar correr el término previsto legalmente para que la administradora dé respuesta a la solicitud, y sólo hasta ese momento si no se ha satisfecho la obligación o se hace tardíamente fuera de ese término, es dable predicar incumplimiento de su parte.*

En esta última oportunidad señaló la Corte textualmente:

“Valga puntualizar que el derecho a recibir el pago de las mesadas no emerge del reconocimiento de la pensión por parte de la entidad que le corresponde, sino del cumplimiento legal de la edad y el tiempo de servicios o la densidad de cotizaciones, a lo cual se debe adicionar el retiro definitivo del servicio activo, tan es así que cuando el reconocimiento se hace con posterioridad al retiro se ordena el pago de los retroactivos respectivos. Lo anterior no quiere decir, sin embargo, que los intereses moratorios nazcan también a partir de ese mismo momento, por cuanto como ya se dijo y

De acuerdo con los razonamientos no rebatidos de la sentencia de primera instancia, encuentra la Sala que la reclamación presentada por el actor con la cual acreditó los requisitos para pensionarse, fue radicada el 28 de julio de 2011 (folio 33), pues fue esa la fecha que el juez de conocimiento definió como de interrupción del término de prescripción⁴⁸, por manera que, en los términos del artículo 19 del Decreto 656 de 1994, aplicable en autos de acuerdo con la sentencia SU-975 de 2003⁴⁹, la AFP PORVENIR S.A. contaba con cuatro meses para pronunciarse sobre el reconocimiento pensional, es decir, que el plazo venció el 28 de noviembre de 2011, razón por la cual, los intereses moratorios deberán ser liquidados a partir del 29 de noviembre de 2011 y hasta el momento en que sea efectuado el pago, precisándose eso sí, que la liquidación de los intereses no se hará por la suma global que resulte de sumar las mesadas en mora, sino que estos deberán ser liquidados mesada a mesada, atendiendo la antigüedad en la mora de cada una.

lo resaltó atinadamente el Tribunal, no puede perderse de vista que la entidad administradora cuenta con un término para resolver la petición, de modo que los intereses solamente empiezan a causarse si el pago se hace por fuera de aquel plazo. Todo lo expuesto permite afirmar que el Tribunal no se equivocó cuando consideró que los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 se generan desde el momento en que, vencido el término de gracia que tienen las administradoras de pensiones para resolver la solicitud de pensión y proceder a su pago, no lo hacen”.

“... Así, estos elementos orientan la interpretación de las leyes actualmente vigentes, por lo que debe destacarse que en el país siempre se ha privilegiado el pago rápido de las prestaciones de los trabajadores, entre ellas las pensiones, se ha otorgado un plazo de gracia para el reconocimiento del derecho y se ha establecido que los efectos resarcitorios o sancionatorios solamente se producirían una vez vencido dicho plazo de gracia, de suerte que con base en esos criterios, que estima la Sala aparecen reflejados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, queda sin sustento el argumento del recurrente respecto a que los intereses se causan cuando el derecho no es materia de discusión o cuando se omite el pago de una pensión ya reconocida. Y aunque evidentemente existen diferencias entre los obligados de antaño (los empleadores) y los de ahora (las administradoras de pensiones) y el carácter de las medidas resarcitorias del pasado, que incluso tenían un carácter sancionatorio y punitivo (salarios moratorios) y las del presente (intereses moratorios), esas distinciones no alcanzan a desvirtuar las conclusiones que se extrajeron sobre el momento en que debe entenderse empiezan a causarse los intereses moratorios.

“Corresponde agregar que la finalidad del artículo 141 de la Ley 100 fue afianzar el carácter vital de la pensión, propender por su pronto pago y proteger a los pensionados, disuadiendo las dilaciones en su trámite y por ello los intereses moratorios antes que ser una sanción para la entidad obligada, son una medida resarcitoria en el caso del no pago oportuno de la mesada, y por lo mismo hay que entender que se causan desde el momento en que debe hacerse el pago y no se realiza”.

Le asiste razón entonces al recurrente, cuando afirma que el Tribunal se equivocó al condenar al pago de los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, desde el instante en que se causó el derecho a la pensión de sobrevivientes. Por lo tanto, el cargo prospera y el fallo del Tribunal será parcialmente casado en cuanto confirmó la condena al pago de los dichos intereses desde el 11 de noviembre de 1997”

48 CD fl. 154, record 30:21.

49 “Como ya se mencionó, desde la sentencia T-170/00 se dispuso que para responder las solicitudes relacionadas con pensiones presentadas ante el Seguro Social, era viable la aplicación analógica de lo consagrado en el artículo 19 del Decreto 656 de 1994.

Contempla el artículo 19:

“El Gobierno nacional establecerá los plazos y procedimientos para que las administradoras decidan acerca de las solicitudes relacionadas con pensiones por vejez, invalidez y sobrevivencia, sin que en ningún caso puedan exceder de cuatro (4) meses.”

Como se observa, el máximo plazo para decidir o contestar una solicitud relacionada con pensiones de vejez, invalidez y sobrevivencia es de cuatro meses. Hasta el momento no hay norma alguna que fije un término diferente para la respuesta a la solicitud en materia de pensión para las sociedades administradoras de fondos del régimen de ahorro individual, para el Seguro, o para Cajanal. En consecuencia, se debe seguir aplicando por analogía el artículo 19 transcrito.”

En los términos anteriores, habrá lugar a la modificación del ordinal segundo de la sentencia apelada, en el sentido de ordenar el reconocimiento y pago de los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la ley 100 de 1993, sobre el valor de cada una de las mesadas pensionales causadas a partir del 29 de noviembre de 2011 hasta la fecha en que se efectúe el pago de las mismas.:”. (...)

FUENTE NORMATIVA	: ARTÍCULO 1° de la Ley 860 de 2003
	: ARTÍCULO 60 del C.P.T.
	: ARTÍCULO 19 Decreto 656 de 1994
	: ARTÍCULO 141 de la Ley 100 de 1993
	: Sentencias de 13 de septiembre de 2006 Exp. 29328, 32617, 35450
	: - 35372, 32141 Sala de Casación Laboral Corte Suprema de Justicia
FECHA	: 2013-02-26
PROCESO	: ORDINARIO (APELACIÓN SENTENCIA)
PONENTE	: Dr. DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
DEMANDANTE	: LUIS HEYDER PÁEZ RUSSI
DEMANDADO	: SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES DE CESANTÍAS
	: PORVENIR S.A.
RADICACIÓN	: 11-001-31-05-004-2012-00160-01
DECISIÓN	: MODIFICA ORDINAL SEGUNDO DE LA SENTENCIA APELADA

Sala Penal

1.4.1

1. PROVIDENCIAS DE ESTA CORPORACIÓN

1.1. M.P. BERNAL SUÁREZ FABIO DAVID Rad. 110016000017200705148 01 (23-02-12) SUSPENSIÓN CONDICIONAL – La restricción del artículo 68A del C. Penal no exige que los nuevos comportamientos sean dolosos, pueden ser culposos – Finalidades de la restricción del artículo 68A del C. Penal.

“Requiere el artículo 63 de la ley 599 de 2000, que el cumplimiento efectivo de la sanción puede ser suspendido si se reúnen dos exigencias: 1. Que la pena impuesta sea de prisión que no exceda de tres (3) años y 2. Que los antecedentes personales, sociales y familiares del sentenciado, así como la modalidad y gravedad de la conducta punible sean indicativos de que no existe necesidad de ejecución de la pena.

En el caso bajo estudio cumple con el primero de los requisitos, pues la pena impuesta es de tres meses, dos días, y en cuanto al segundo, se verifica que realmente la instancia, no hizo ninguna observación a la modalidad y gravedad del hecho en cuanto culposo y susceptible del subrogado, sino que atendió el aspecto de los antecedentes penales por existir una sentencia condenatoria contra GUTIERREZ CHIVATA, admitiendo que acudía en su desfavor la expresa prohibición del art. 68 A del C.Penal, adicionado con la Ley 1142 de 2007 art. 32 y modificado recientemente con la ley 1453 de 2011 art. 28 y la ley 1474 de 2011 art. 13.

En este sentido, es patente que la prohibición está dada para aquellos ciudadanos que en el curso de sus últimos cinco años de vida en comunidad, se vieron sometidos al sistema judicial mediante la sentencia condenatoria por delito doloso o preterintencional, y que durante ese tiempo, vuelven a entrar al sistema recibiendo otra sentencia condenatoria, delatando actitud contraria a la reinserción social acorde con las normas, reafirmando los que así actúan, que el anterior procesamiento no tuvo el efecto disuasorio esperado y evidencian prevención especial negativa.

Las razones de la prohibición entonces, son rigurosas en cuanto que la sentencia anterior debe estar ejecutoriada y hubiese sido proferida por conducta

correspondiente a delito doloso o preterintencional, y a su vez, que la nueva sentencia se dicte dentro de ese tiempo, cinco años, sin necesidad de exigir que sea de la misma especie de los anteriores, porque la expectativa de comportamiento social adecuado, como advertimos es la finalidad de la restricción en virtud a la política criminal que se aplica por la ley desde el derecho penal, no es por la actividad ilícita específica en sí, sino por la actitud del ciudadano resistiéndose al respeto de las normas de convivencia que resguarda el Código Penal.

Por ello, no es atendible el requerimiento de la defensa en cuanto a la exigencia dolosa de los nuevos comportamientos, como si a sabiendas de una sentencia anterior por delitos dolosos o preterintencionales, el ciudadano ya condenado como infractor pudiera agregar las conductas que quisiera en el orden culposo, sin que el requerimiento indicado tuviese eficiencia alguna en aquella pretensión social, y no, no es de esta concepción la postura de la Sala, porque la convivencia pacífica, en la inmanencia de los bienes protegidos, puede ser alterada con cualquier clase de delito, culposo, doloso o preterintencional.

Luego, como se trata de analizar lo que puede ser el cumplimiento de las penas para una persona en concreto (el que ya fue sentenciado), se debe revisar ante las formas suaves de ejecución penal, su actitud y compromiso de acción futura, o lo que es igual, dentro de los cinco años siguientes a la sentencia anterior.

De modo que en este caso, de DIEGO ANTONIO GUTIERREZ CHIVATA, contrario a lo que consideró el juez de instancia, no se puede establecer esa correspondencia relevante de proyección negativa por la sentencia que le figura por el delito de extorsión agravada, porque en el reporte que se adujo en la audiencia del art. 447 del C de P.P., expedido por el Departamento Administrativo de Seguridad, se indica que la sentencia es de fecha 02/03/2010, condenándolo a 32 meses de prisión, es decir, que la sentencia, no fue anterior a la fecha de los hechos por los que aquí se le está condenando, ya que estos ocurrieron el día 07 de julio de 2007, es decir, antes de la comentada sanción.

Luego, en la comprensión indicada, para la fecha de los hechos, no estaba presente el supuesto fáctico de la restricción del art. 68 A de la ley 1142 de 2007, diferente sería, si los hechos hubiesen ocurrido después del 02/03/2010, evento en el cual, la ponderación del a-quo, tendría toda la eficacia restrictiva.”

Relatoría/consulta/2013/Providencias incluidas en los boletines

1.2. M.P. BERNAL SUÁREZ FABIO DAVID Rad. 110016000000201100032 01(16-02-12) REBAJA DE PENA POR REPARACIÓN – Puede aplicarse en delitos no incluidos dentro del título VII del C.P., pero que directamente afecten el bien jurídico del patrimonio económico, como en delitos incluidos en el título VII BIS, relativos a la protección de la información y de los datos – En el logro de la reparación la víctima y el acusado deben participar conjuntamente, sin que el juez esté facultado para forzarla.

“Y aun cuando los delitos imputados, aceptados y por los cuales se dictó la sentencia condenatoria, se ubican en principio en títulos diferentes a los del patrimonio económico, v.gr, la seguridad pública, la fe pública y la protección de la información y de los datos, lo cual pudiera implicar que la aplicación del art. 269 del C.Penal, no sería predicable, la realidad es que los hechos han permitido la adecuación en el art. 26 I, adicionado con la Ley 1273 de 2009, art. 1° o “Hurto por medios informáticos o semejantes”, que también dice estrecha relación con el bien jurídico del patrimonio económico y la descripción básica que recogen los arts. 239 y 240 del mismo Código Penal, de modo que ello autoriza aplicar el principio

constitucional citado para sustentar una forma de solución del conflicto en el evento vinculado a ese interés particular, como aquí no se puede desconocer, es el patrimonio del Banco de Colombia, ante el cual los usuarios defraudados hicieron las reclamaciones pecuniarias.

Por consiguiente, si bien, por la técnica legislativa se da relevancia a un nuevo concepto de interés jurídico, pertinente a las tecnologías en cuanto la protección de la información y de los datos de los ciudadanos en sus interacciones individuales, sociales y con el sistema financiero, sí es procedente atender la aplicación del art. 269 del C.Penal, en las adecuaciones típicas del Título VII (bis) del Libro Segundo de la Parte Especial del Código Penal, cuando a causa de los hechos materia del proceso, resulte afectado directamente el bien jurídico del patrimonio económico de que trata el Título VII del C. Penal, aun cuando en la imputación jurídica, por la aludida técnica del legislador, las conductas se hubiesen adecuado en un capítulo diferente, como es el caso de este proceso.

Ahora, en torno a la indemnización, es importante recordar que cada uno de los mecanismos que integran la política de justicia restaurativa según lo expresa el artículo 518 del Código de Procedimiento Penal, tienen como objetivo central *“que la víctima y el imputado, acusado o sentenciado participen conjuntamente de forma activa en la resolución de cuestiones derivadas del delito en busca de un resultado restaurativo, con o sin la participación de un facilitador.”*

Desde esa óptica, no es factible asentar, que el funcionario judicial esté facultado para forzar una reparación a distancia de la víctima con ocasión del daño derivado de una conducta punible, como lo enuncia la apelante, tampoco otorgar algún beneficio punitivo por consignar alguna suma de dinero que no se compadece con la estimación que de ello efectuara la víctima y que fue aceptada por los mismos procesados sin objeciones, aunado a que durante la audiencia de verificación de allanamiento, individualización de pena y sentencia, el apoderado del Banco de Colombia, avisó que una vez cobrara firmeza la sentencia, iniciaría el incidente de reparación integral, denotando esto que existe controversia frente a la cuantía de los daños, la que debe ventilarse en su escenario natural tal como fue el querer del perjudicado.”

Relatoría/consulta/2013/Providencias incluidas en los boletines

1.3. M.P. BERNAL SUÁREZ FABIO DAVID Rad. 110012204000201300186 00 (22-01-13) HABEAS CORPUS - No es pertinente dentro de esta acción revisar el contenido de las decisiones que resuelven peticiones de libertad provisional.

“Ahora, estima RIVERA JÁCOME, como causal de libertad por habeas corpus, lo que llama vía de hecho en razón del entendido que confirió la Sala de Conjuces de la Sala Penal del Tribunal Superior de Cúcuta al art. 365-5 del C. de P.P. (Ley 600 de 2000), frente a las incidencias procesales en la causa que sigue contra aquel y otros seis acusados, y nos propone concretamente, intentar otra interpretación e imponer un criterio sobre los términos judiciales y la suspensión del procedimiento ante las impugnaciones a que acudieron algunos defensores, lo cual como se indicará, desborda la función de la acción de habeas corpus y nos introduce en la usurpación de competencias legales, ahí si por vía de hecho procedimental, porque en últimas se trataría de una tercera instancia, extraña al sistema jurídico de garantías fundamentales desde el respeto al debido proceso del art. 29 constitucional.

Cuestiona el demandante que el Tribunal en su Sala de Conjuces, incurrió en error de interpretación, porque no se tuvo en cuenta el efecto en que se

concedieron los recursos de apelación dentro de la audiencia preparatoria por el juez de primera instancia, en el suspensivo, cuando era el diferido, y porque confundió la audiencia preparatoria con la audiencia pública del juicio, pero, vista la decisión criticada, no es de la singularidad que enuncia, porque incluso, antes de introducirse en las consideraciones, hace un recuento de lo que estimó incidental en el avance del proceso con la audiencia preparatoria, que si bien indicó el juez era en el efecto suspensivo, siendo en el diferido, aclaraba el Tribunal, encontró que en realidad el juzgado expresó que en auto separado se fijaría fecha para la audiencia pública, y precisó, que “ el proceso en el mismo Despacho no ha estado inactivo pues precisamente a la fecha se ha estado evacuando el período probatorio decretado en la audiencia preparatoria que se inició como dijimos el 22 de febrero de 2012”⁵⁰.

En este orden, no es pertinente en la acción de habeas corpus, revisar el contenido de las decisiones que resuelven peticiones de libertad provisional, que corresponden a una cuestión diferente de las que legitiman, como en este caso, la medida de aseguramiento contra el demandante, cuya legalidad, formalidad, oportunidad, vigencia y eficacia no es cuestionada; de modo que las providencias posteriores, en cuanto objetivamente no se evidencien arbitrarias o de incompetencia, no son revisables en su contenido material para declarar validez jurídica, pues, regularmente las causales de libertad del art. 365 del C de P.P, dependen del devenir procesal, de las actitudes de las partes, si ha habido o no causa razonable para suspender el trámite y si ello determina el no cumplimiento estricto de los términos, discrepancia cuestionable solo por vía de recursos ordinarios, pero no por acción de hábeas corpus.

Aspectos anteriores que nuevamente, para este despacho, no son correspondientes con la naturaleza de la libertad por captura ilegal o prolongación ilegal de la privación de libertad cuando esta es indiscutible, pero no, cuando justamente es discutible la causal de libertad dentro de las instancias propias del debido proceso y en virtud de las particularidades de la defensa compleja como en este caso, para lo cual, tratándose de siete acusados, debe el juez ponderar lo que ha ocurrido desde la ejecutoria de la acusación y si se han presentado o no dilaciones injustificadas, espectro de valoración fáctica y jurídica, extraño a la demanda y al objeto mismo de esta acción constitucional, quedando claro que en este caso, el demandante simplemente se resiste a lo resuelto por el superior funcional del juez, luego de resolver la apelación, y pretende que un juez extraño a las instancias propias, haga tábula rasa de las incidencias procesales de todos los intervinientes y conceda una libertad como si fuera el juez de segunda instancia, es que ni siquiera podemos conocer qué ha pasado desde la acusación y cuántos días de demora han acaecido y por causa de quién y por qué, y no se olvide que declaró el Tribunal que la suspensión del trámite ha ocurrido por razón de las actitudes de algunos defensores, supuestos que, otra vez, se oponen a la prosperidad de la pretensión.

En este sentido, se recuerda el siguiente aserto: *“El juez constitucional de habeas corpus no puede usurpar las funciones propias del juez ordinario..., porque la garantía constitucional ejercida por el defensor es de naturaleza excepcional”*⁵¹.

Y es que no puede interpretarse que siempre que se agoten los recursos ordinarios al interior del proceso y no se esté de acuerdo con tal o cual determinación, opere de pleno derecho e inmediatamente la acción de habeas corpus, no, pues tal situación conllevaría a entender este especial amparo como

50 Folio 39 de la providencia cuestionada, o folio 63 de la demanda.

51 Auto 26513 Sala de Casación Penal Corte Suprema de Justicia del 27 de noviembre de 2006.

una “tercera instancia” inexistente en nuestro ordenamiento jurídico; encerramiento conceptual que no avala este despacho.”

Relatoría/consulta/2013/Providencias incluidas en los boletines

MAX ALEJANDRO FLÓREZ RODRÍGUEZ
Presidente

DORA ELSA USCÁTEGUI LARA
Relatora