



**RAMA JUDICIAL
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
BOLETÍN 12 DE 15 DE JULIO DE 2013**

1. PROVIDENCIAS DE INTERÉS DE ESTA CORPORACIÓN

1.1. Sala Civil

Problema jurídico por resolver. La Sala se centra en verificar que para efectos de establecer la responsabilidad precontractual no se requiere la prueba de la mala fe y, por el contrario, el tema demostración es que el actuar del candidato a contratante no es de buena fe exenta de culpa. Nexos causal para el reconocimiento de perjuicios.

“SOBRE EL TÓPICO ADVIERTE EL TRIBUNAL QUE NO FUE AFORTUNADO EL JUEZ DE PRIMERA INSTANCIA AL COLEGIR QUE POR NO HABERSE PROBADO ACTUAR DE MALA FE ELLO EQUIVALE A HABERLO HECHO BAJO LA ÉGIDA DE LA BUENA FE EXENTA DE CULPA EN LOS TÉRMINOS DEL ARTÍCULO 863 DEL CÓDIGO DE COMERCIO, PUES CONTRARIO A LO AFIRMADO EN LA PROVIDENCIA IMPUGNADA, LA NORMA LO QUE EXIGE EN ESTA ETAPA PREVIA AL CONTRATO, ES UN COMPORTAMIENTO SIGNADO POR LA BUENA FE Y NO LA PRUEBA DE LA MALA FE, MUCHAS VECES DIFÍCIL, AL EXTREMO, DE DEMOSTRAR. EN EFECTO, NO PUEDE DEJARSE EN EL OLVIDO QUE AUN CUANDO NO SE ACREDITE QUE SE ACTUÓ CON ALEVOSÍA EN EL PROPÓSITO DE ENGAÑAR A LOS CONSUMIDORES, ESTO NO CONDUCE A LIBERAR LA RESPONSABILIDAD DEL COMERCIANTE EN LA FASE PRECONTRACTUAL, QUE EXIGE OMISIONES Ó ACCIONES POSITIVAS Y CONCRETAS QUE EMERGEN DEL AXIOMA EN COMENTO, PARA IMPRIMIRLE CORRECCIÓN Y LEALTAD A LA RELACIONES DEL COMERCIO, MÁXIME, CUANDO HAY UN DENOTADO INTERÉS DEL ORDENAMIENTO EN PROTEGER A QUIEN PUEDE RESULTAR AFECTADO POR LA POTENCIA CON LA QUE SUELEN IMPONERSE LOS COMERCIANTES EN EL MERCADO.” (...)

a) La Demanda

Los demandantes, por intermedio de apoderado judicial, llamaron a responder en juicio a las sociedades Urbanizadora Santa Fe de Bogotá Urbansa S.A, Inversiones Alcabama S.A e Ingeurbe S.A., con el ánimo de que en sentencia que ponga fin a la instancia se declare a las demandadas solidaria y extracontractualmente responsables por haber promocionado y publicitado el proyecto inmobiliaria Montecarlo II Parque Residencial, anunciando la venta de casas de 178 metros cuadrados y haber vendido inmuebles con áreas que oscilan entre 128 Mts² y 154.24 Mts² y, como consecuencia de ello se les condene al pago del daño emergente irrogado, que se manifiesta en el valor total de los metros cuadrados que fueron ofrecidos y vendidos pero no entregados por parte de la constructora.

b) Los Hechos

Como fundamentos fácticos de la acción se planteó que por intermedio de un documento privado las sociedades demandadas Urbanizadora Santa Fe de Bogotá Urbansa S.A, Inversiones Alcabama S.A e Ingeurbe S.A., constituyeron un consorcio con el propósito de desarrollar el proyecto inmobiliario Parques de Catinga que daría lugar a la construcción del conjunto residencial “Montecarlo” II, ubicado en la carrera 56 No. 147 – 58, promocionando la venta de las unidades de habitación a través de folletos publicitarios, vallas y revistas especializadas donde, además de la descripción de los inmuebles, se ofrecían casas de 178 metros cuadrados.

.(...)

C) Sentencia Impugnada

El juzgado de conocimiento dirimió el conflicto denegando las pretensiones de la demanda tras considerar que en el presente asunto no se acreditó que las sociedades demandadas hayan actuado de mala fe, por lo que no puede derivarse responsabilidad de estas de conformidad con lo prescrito en el artículo 863 del Código de Comercio en tanto que, según las previsiones de la norma en cita, para que pueda enrostrarse a otro la obligación de indemnizar los perjuicios derivados de la etapa preliminar deben tener como fuente un actuar de mala fe que, en su sentir, no fue acreditado en el proceso de la referencia.

.

d) El recurso

Contra lo así decidido se alzó el apoderado de la parte demandante, argumentando que la demanda no fue contestada en los términos exigidos por el Código de Procedimiento Civil habida cuenta que, no obstante haberse propuesto excepciones de mérito, los hechos que las respaldan no guardan relación con lo alegado imposibilitando el estudio de las mismas, por lo que en su sentir, debe darse aplicación a lo dispuesto en los artículo 95 y 97 ib. tomando como indicio grave en contra, la actitud irregular asumida por la parte demandada.

(...)

c) Consideraciones

Son tantas las formas de obligarse y tan diverso el contenido de las estipulaciones entre particulares, como las modalidades, métodos o procedimientos para llegar a los acuerdos que generan el nacimiento de las obligaciones que encuentran su fuente en el contrato.

En efecto, al contrato, como acto dispositivo de intereses particulares, se puede arribar tras la mera conversación acerca de los detalles esenciales del negocio sobre los que, ya sea por la simplicidad de lo convenido, por la facilidad de que dota a los negocios la rutina, por la masificación de los contenidos obligacionales, por la consensualidad del negocio a celebrar o por la urgencia que apremia su celebración, no hay mucho por discutir, así como tampoco es profuso el tiempo que discurre entre los acercamientos previos y el nacimiento a la vida jurídica de la convención que los ata y constriñe al cumplimiento de las prestaciones que de allí surgen. Pero también puede suceder que las exigencias del tráfico jurídico, la complejidad de los compromisos, la necesidad de satisfacer solemnidades ab substantiam actus que determinan la existencia del contrato, la importancia de los intereses en juego o la mera prudencia, impongan o aconsejen establecer unas conversaciones preliminares con el fin de abonar el camino hasta desembocar en un contrato que, además de acatar todos los requisitos legales, debe, por sobre todo, resultar idóneo para satisfacer las necesidades que impulsaron la

celebración de las estipulaciones que ahora condicionan el accionar de cada una de las partes de conformidad con el tenor de la prestación debida.

Ilustrativo resulta entonces entender que “la combinación de las voluntades declaradas que da origen a la voluntad común, no se logra mediante un prodigio metafísico, no de manera instantánea; requiere un proceso de gestación denominado *iter contractus* o *iter consensu*, más o menos extenso, más o menos arduo, según las hipótesis, en el cual la doctrina ha señalado jalones o etapas, algunas necesarias y otras eventuales o contingentes. Este proceso de gestación, que comienza con el primer contacto o acercamiento de quienes en el futuro serán las partes en el contrato, así como las tratativas iniciales, y que termina al lograrse el consentimiento, requiere la intervención de elementos diversos en distintos momentos de tiempo y adquiere singular interés no sólo ante la posibilidad de que surjan en ese periodo supuestos negociales autónomos, sino también por la eventual intervención de hechos perturbadores del proceso normal de gestación del acuerdo o voluntad común¹.

Tal es la importancia del camino recorrido, que los pormenores de tales discusiones son tenidos en cuenta en algunos casos y bajo ciertas circunstancias, como condición indispensable para garantizar la saludable construcción del consentimiento de cada una de las partes y, en caso de discrepancias en la ejecución del acuerdo, para estimar la verdadera intención de los contratantes, de modo que sea posible valorar, con base en ello, las responsabilidades que se deducen por los daños derivados de la malformación del contrato, la ruptura injustificada de las conversaciones, o la frustración de las expectativas que razonablemente se esperaba obtener del negocio celebrado, cuyo origen pueda encontrarse atado causalmente al desacatamiento de deberes que, aun ante la inexistencia del acuerdo definitivo, estaban las partes en la obligación de respetar.

Entonces, “las partes que todavía no son deudor y acreedor, pero que están en camino de serlo, se deben recíproco respeto a sus respectivos intereses. La actividad que se exige aquí podría calificarse de lealtad de las cosas, desengañándola de eventuales errores, hábito de hablar claro, que exige poner de manifiesto y con claridad a la otra parte la situación real reconocible y, sobre todo, abstenerse de toda forma de reticencia fraudulenta y de toda forma de dolo pasivo que pueda inducir a una falsa determinación de la voluntad de la otra parte”². De ello surge como evidencia, que el mero contacto social pretérito del contrato imponga a cada una de las partes cargas positivas, deberes concretos, cuyo desobedecimiento pueda representar un “factor de imputación de responsabilidad, consistente en el incumplimiento (culpa), injustificado de determinados deberes que en la formación del contrato debían cumplir las partes.”³

Por ello se ha dicho que la responsabilidad no se deriva únicamente del incumplimiento de las obligaciones nacidas del contrato, sino que, también se es responsable de los daños que se puedan ocasionar cuando en las tratativas preliminares, en las conversaciones antecedentes, no se ha procedido con la rectitud y probidad que resulta exigible a fin de satisfacer el debido respeto que merecen los intereses de la contraparte.

Dicho principio de responsabilidad opera “durante el periodo precontractual, sea éste de meras tratativas, o de oferta seguida de aceptación que no perfeccionan el

1 Mosset, Iturraspe, Jorge. Piedecosas Miguel, Responsabilidad Civil y Contratos, Responsabilidad Precontractual. Página. 108

2 Emilio Betti. Teoría General de las obligaciones, Trad. José Luis de los Mozos

3 Monsalve Caballero, Consideraciones actuales sobre la obligación precontractual de información, una perspectiva europea.

contrato, bien porque es solemne, ora porque es real. Responsabilidad esta que aparece aun con independencia del surgimiento de un vínculo jurídico, pues basta que el perjuicio provenga de un actuar no guiado por la “buena fe exenta de culpa, según lo declara el artículo 863”⁴ del Código de Comercio.

Con base en tales premisas, debe resaltarse que en cada una de las etapas que preceden la celebración del contrato, esto es desde el uso de la genérica publicidad, de la que se niega carácter vinculante⁵, hasta la presentación de la oferta y su aceptación, deben acatarse deberes secundarios⁶ que emanan del principio de la buena fe, y que imponen a cada uno de los futuros contratantes cargas positivas que tienen como propósito exigir de cada ellos un actuar probo y diligente que los hace responsables de los daños que se puedan generar *verbigratia*, por la ausencia o insuficiencia de la información determinante en la construcción del consentimiento; deberes que “son más intensos en quienes se dedican habitual y profesionalmente a la venta, ya de manera exclusiva, concurrente o conexas con otras actividades, *verbi gratia*, con la construcción, sea por si mismo o por otro, en cuyo caso, han de adoptar todas las medidas exigibles, razonables e idóneas para conocer o informar el exacto estado de la cosa”⁷.

Uno de tales deberes que surgen del contacto social preliminar y concertado en la negociación de un futuro contrato es el de información, por medio del cual se exige a cada una de las partes, especialmente a aquella que en razón de su profesión y especialidad detente el conocimiento detallado acerca del objeto a contratar, que informe a la otra sobre los aspectos que resulten determinantes para edificar el convencimiento de que lo que se ofrece se compadece con las necesidades que impulsan la celebración del acuerdo.

Así las cosas, ha de valorarse que en no pocas oportunidades el primer contacto que se tiene entre los candidatos a ser parte del negocio futuro, es a través de la publicidad o propaganda comercial, la cual, en términos de la normatividad vigente para la época en que acaecieron los hechos que respaldan las pretensiones elevadas por la demandante, refiere a “todo anuncio que se haga al público para promover o inducir a la adquisición, utilización o disfrute de un bien o servicio, con o sin indicación de sus calidades, características o usos, a través de cualquier medio de divulgación, tales como radio, televisión, prensa, afiches, pancartas, volantes, vallas y, en general, todo sistema de publicidad”⁸.

Es entonces la publicidad una alternativa legítima en manos de los productores, proveedores, o comercializadores, para impactar positivamente en los consumidores a quienes va dirigida con el propósito de que, mostrándose

4 Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 12 de agosto de 2002, M.P, José Fernando Ramírez Gómez.

5 **ARTÍCULO 847. <OFERTA DE MERCADERIAS>**. Las ofertas de mercaderías, con indicación del precio, dirigidas a personas no determinadas, en circulares, prospectos o cualquiera otra especie similar de propaganda escrita, no serán obligatorias para el que las haga. Dirigidas a personas determinadas y acompañadas de una nota que no tenga las características de una circular, serán obligatorias si en ella no se hace salvedad alguna.

6 Solarte, Rodríguez, Arturo, la Buena Fe y los Deberes Secundarios de Conducta “el carácter orgánico de la relación también se manifiesta en que al lado de las relaciones obligacionales en sentido estricto, existen otros deberes jurídicos, que se denominan “deberes secundarios de conducta”, “deberes colaterales”, “deberes complementarios” o “deberes contiguos”, tales como los de información, protección, consejo, fidelidad o secreto, entre los más relevantes, que aunque no se pacten expresamente por las partes, se incorporan a los contratos en virtud del principio de buena fe. Se señala que su origen está en planteamientos realizados por juristas alemanes, como STAUB y STOLL, a comienzos del siglo XX⁶⁰, así como a la labor de doctrinantes de la talla de DEMOGUE en Francia

7 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil, sentencia de 19 de octubre de 2009, Magistrado ponente: William Namén Vargas, p. 25.

8 Literal “d” artículo 1 Decreto 3466 de 1982

llamativos los productos o servicios ofrecidos, incluso, muchas veces en extremo ventajosos o útiles, aquellos resulten inclinando su decisión de compra en su favor dejando de lado las demás opciones del mercado.

En tal proceso se reconoce que, aun cuando la finalidad de la publicidad no es otra que la de mostrar las bondades de lo ofrecido, pues nadie esperaría que se publicitara para desestimular la propia opción de venta, el respeto de los consumidores conlleva la necesidad de garantizar sus derechos desde ese mismo momento y no sólo a partir de la oferta o de la adquisición material del bien, pues es aquel el instante desde el cual empieza a fraguarse la decisión de comprometerse en un negocio cuyo éxito, circundado por la satisfacción de las expectativas subyacentes, depende en gran medida de la información recibida por parte de quien es profesional en los negocios, razón por la que se le exige no superar el límite de lo aceptable, en la necesidad de incentivar o estimular la compra, garantizando la veracidad de lo publicitado so pena de hacerse responsable de los daños generados por el equívoco al que se induce a los consumidores que, confiando en la seriedad de su comportamiento, ejecutan actos tendientes a la adquisición de los bienes ofrecidos sobre la creencia legítima y fundada de que lo que se les ha mostrado responde a una realidad, seriedad que se finca en la presunta probidad del comerciante.

En franco y abierto reconocimiento de lo planteado, el mismo Estatuto del Consumidor dispone que “toda información que se dé al consumidor acerca de los componentes y propiedades de los bienes y servicios que se ofrezcan al público deberá ser veraz y suficiente. Están prohibidas, por lo tanto, las marcas, las leyendas y la propaganda comercial que no corresponda a la realidad, así como las que induzcan o puedan inducir a error respecto de la naturaleza, el origen, el modo de fabricación, los componentes, los usos, el volumen, peso o medida, los precios, la forma de empleo, las características, las propiedades, la calidad, la idoneidad o la cantidad de los bienes o servicios ofrecidos.”⁹

Ello se justifica, porque, en sociedades como la nuestra, en medio del vertiginoso avance del comercio y el crecimiento inusitado de la complejidad que lo caracteriza, “el consumidor está, en buena medida, “forzado a confiar en la apariencia, en lo que se muestra como verdad o realidad: el producto, su calidad, duración etc”¹⁰, pues las dificultades intrínsecas de las relaciones sociales que protagonizan la celebración de los acuerdos y la asimetría que existe entre el conocimiento del usuario medio y el que detenta el comerciante como profesional en el mercado, surge como razonable esperar que en medio de estas circunstancias el comprador, por muy cauto y diligente que sea, se halle en la imposibilidad de encontrar la verdad detrás del artificio o de la reticencia, unas veces porque simple y llanamente no posee la pericia para emprender semejante empresa, o, le resulta oneroso en términos de tiempo y dinero, y otras porque le es lícito fiarse de la información recibida porque se está negociando con una persona experta en tales menesteres de la cual se espera, que regida por la carga de cuidar del mercado, no defraude la confianza despertada en sus clientes.

Por ello se condena toda publicidad que se “torna engañosa y, por tanto, desleal, en los eventos en que “el mensaje que difunde un anunciante (...) contiene elementos que son susceptibles de generar en los receptores del mismo, un concepto equivocado de la realidad o del producto que se anuncia, o lo que es igual, cuando el mensaje publicitario es capaz de generar en los consumidores a los que se dirige una representación distorsionada de la realidad”.

9 Art. 14 Decreto 3466 de 1982

10 Ob. Cit, pag. 30

“El descrito efecto nocivo puede verificarse no sólo en los casos en que las características y propiedades del producto o servicio que se anuncian al público sean falsas, sino también en aquellos que, aunque verdaderos, los datos otorgados tengan la virtualidad de engañar al destinatario del mensaje y, además, en eventos en los que el anunciante elude su obligación de suministrar la información suficiente sobre las características del bien o servicio que promociona”¹¹, esto es, la “necesaria o idónea para que el consumidor se forme una opinión acerca de la oferta planteada y tome una decisión de si aceptar o rechazar la misma”.¹²

Lo anterior quiere decir que no es indiferente para el “ordenamiento las informaciones engañosas o, en su caso, la reticencia de los contratantes en la fase preliminar de las negociaciones;” dado que “por supuesto, (...) dentro de los deberes de corrección y lealtad que se exigen a toda persona que emprenda tratos negociales, se encuentra el que atañe con las informaciones o declaraciones que está llamado a suministrar, cuando a ellas hay lugar, en relación con el objeto, circunstancias o particularidades del acuerdo en camino de consumación, y cuya importancia, si bien variable, resulta substancial para efectos de desembarazar el consentimiento del destinatario de artificios o vicios que lo afecten”¹³.

Entonces, la publicidad engañosa -bien por la insuficiencia de la información suministrada, ora por el ocultamiento de información relevante-, es y debe ser reprobada por el ordenamiento, no sólo porque de ello ciertamente se deriva un beneficio para el comerciante que no le es lícito obtener, habida cuenta de la transgresión de los principios con la que se obtuvo la atención no merecida del consumidor medio, así sea en mínima parte, sino porque, además, ello puede constituirse como fuente de daños cuya reparación estará a su cargo por resultarle imputable el perjuicio, que, en todo caso, será objeto de prueba dentro de cualquier proceso de responsabilidad civil.

El contenido del deber de informar se acota, de este modo, “a lo que sea relevante y suficiente con miras a la toma de decisión. La importancia de la cuestión, **radica cuando la falta de información determinó al consentimiento, entendiéndose ello en el sentido que lo que no ha sido revelado ejerció una influencia tal sobre el contratante que, de haber conocido la información que no fue comunicada (reticencia) o falseada, no hubiera concluido el contrato, o lo habría hecho bajo otras condiciones más favorables**”¹⁴

En ese sentido se le exige al productor, comerciante, distribuidor, constructor, que indique a las personas con las que se relaciona o puede llegar a relacionarse los "aspectos que conoce y que disminuyen o pueden disminuir la capacidad de discernimiento o de previsión del otro si dichos datos no se suministran. Desde el punto de vista normativo es el deber jurídico obligacional, de causa diversa, que incumbe al poseedor de información vinculada con una relación jurídica o con la cosa involucrada en la prestación, o atinente a actividades susceptibles de causar daños a terceros o a uno de los contratantes, derivados de dicha información, y cuyo contenido es el de poner en conocimiento de la otra parte una cantidad de

11 Superintendencia de Industria y Comercio, Sentencia 04 de 16 de febrero de 2009.

12 Jaeckel Kovacs, Jorge. Publicidad Engañosa. Análisis Comparativo. Revista Jurisconsulto. Cámara de Comercio de Bogotá. Número 8. 2004. Pág. 16.

13 Corte Suprema de Justicia, sentencia del 13 de diciembre de 2001. Mp. Jorge Antonio Castillo Rugeles.

14 Rengifo García, Ernesto, el Deber Precontractual de Información, página 5

datos suficientes como para evitar los daños o inferioridad negocial que pueda generar en la otra parte si éstos no son suministrados”.¹⁵

No sobra advertir que, para efectos de imputar el resultado dañino a la persona llamada en juicio, resulta indispensable la acreditación de los elementos estructurales de la responsabilidad, esto es, el incumplimiento de una obligación legal o convencional, el daño, y el nexo de causalidad entre el primero y el segundo, por manera que, cuando se trata de endilgarle a otro los perjuicios provocados por la inexactitud de la información que estaba obligado a suministrar en forma veraz y completa, no basta con que se acredite la infracción al deber de conducta, sino que será menester, en todos los casos, que el demandante acredite la existencia de un daño directo, personal, cierto, antijurídico, y subsistente y, además, que este fue directamente provocado por el actuar del demandado.

Descendiendo al caso que ocupa la atención del Tribunal se destaca que los demandantes reclaman de Urbanizadora Santa Fe de Bogotá Urbansa S.A, Inversiones Alcabama S.A e Ingeurbe S.A., la indemnización de los perjuicios derivados de la responsabilidad extracontractual en la que aquellos incurrieron por haber promocionado y publicitado el proyecto inmobiliario Montecarlo II Parque Residencial, anunciando la venta de casas de 178 metros cuadrados, cuando en realidad ellos vendieron inmuebles con áreas que oscilan entre 128 Mts² y 154.24 Mts², solicitando, consecuencia de ello, se les condene al pago del daño emergente irrogado, que se manifiesta en el valor total de los metros cuadrados que fueron ofrecidos pero no entregados por parte de la constructora.

Expuso el *a quo* que, no obstante encontrarse acreditado que los demandados incurrieron en publicidad engañosa, por cuanto en los proyectos inmobiliarios se ofrecieron casas de 178 mts² y que en las promesas de compraventa como en las escrituras públicas las áreas privadas resultaron ser menores, debido a que dentro del espacio publicitado se tuvieron en cuenta los metros correspondientes a las áreas comunes de uso exclusivo como las terrazas o los parqueaderos, no hay lugar a condenar a las demandadas en los términos solicitados habida cuenta que brillaba por su ausencia medio de convicción mediante el cual se acreditara el proceder de mala fe de las sociedades demandadas, requisito sine qua non de la responsabilidad precontractual en los términos del artículo 863 del Código de Comercio.

Sobre el tópico advierte el Tribunal que no fue afortunado el Juez de primera instancia al colegir que por no haberse probado actuar de mala fe ello equivale a haberlo hecho bajo la égida de la buena fe exenta de culpa en los términos del artículo 863 del Código de Comercio, pues contrario a lo afirmado en la providencia impugnada, la norma lo que exige en esta etapa previa al contrato, es un comportamiento signado por la buena fe y no la prueba de la mala fe, muchas veces difícil, al extremo, de demostrar. En efecto, no puede dejarse en el olvido que aun cuando no se acredite que se actuó con alevosía en el propósito de engañar a los consumidores, esto no conduce a liberar la responsabilidad del comerciante en la fase precontractual, que exige omisiones ó acciones positivas y concretas que emergen del axioma en comento, para imprimirle corrección y lealtad a la relaciones del comercio, máxime, cuando hay un denotado interés del

15 LORENZETTI, Ricardo Luis. Consumidores. Rubinzal - Culzoni Editores.

ordenamiento en proteger a quien puede resultar afectado por la potencia con la que suelen imponerse los comerciantes en el mercado.

En ese orden, comporta memorar que la buena fe exenta de culpa se revela como un principio “con sujeción al cual deben actuar las personas -sin distingo alguno- en el ámbito de las relaciones jurídicas e interpersonales en las que participan, bien a través del cumplimiento de deberes de índole positiva que se traducen en una determinada actuación, bien mediante la observancia de una conducta de carácter negativo (típica abstención), entre otras formas de manifestación. Este adamantino axioma, insuflado al ordenamiento jurídico –constitucional y legal- y, en concreto, engastado en un apreciable número de instituciones, grosso modo, presupone que se actúe con honradez, probidad, honorabilidad, transparencia, diligencia, responsabilidad y sin dobleces. Identificase entonces, en sentido muy lato, la bona FIDES con la confianza, la legítima creencia, la honestidad, la lealtad, la corrección (...) La buena fe, someramente esbozada en lo que a su alcance concierne, se torna bifronte, en atención a que se desdobla, preponderantemente para efectos metodológicos, en la apellidada buena fe subjetiva (creencia o confianza), al igual que en la objetiva (probidad, corrección o lealtad), sin que por ello se lesione su concepción unitaria que, con un carácter más panorámico, luce unívoca de cara al ordenamiento jurídico. Al fin y al cabo, se anticipó, es un principio general -e informador- del derecho, amén que un estándar o patrón jurídicos, sobre todo en el campo de la hermenéutica negocial y de la responsabilidad civil.¹⁶

La buena fe, se identifica, con el actuar real, honesto, probo, correcto, apreciado objetivamente, o sea, “con determinado estándar de usos sociales y buenas costumbres”, no “hace referencia a la ignorancia o a la inexperiencia, sino a la ausencia de obras fraudulentas, de engaño, de reserva mental, astucia o viveza, en fin de una conducta lesiva de la buena costumbre que impera en la colectividad, es “realidad actuante y no simple intención de legalidad y carencia de legitimidad y se equipara “a la conducta de quien obra con espíritu de justicia y equidad al proceder razonable del comerciante honesto y cumplidor.¹⁷

De ello se puede colegir que el concepto de buena fe exenta de culpa al que alude el artículo 863 del Código de Comercio supera con creces la mera creencia o conciencia de estar actuando con honestidad, en tanto que, su objetividad impone a cada una de las partes del negocio en ciernes “cumplir de manera efectiva los deberes que del principio emanan; se requiere no solo creer, sino obrar de conformidad con sus reglas, cumplir de manera precisa y eficiente con los postulados de la buena fe; no creer que se ha sido diligente, sino serlo realmente; no creer que se ha sido transparente o suministrado la información requerida conforme a buena fe, sino haberlo sido en realidad; no estimar que se ha respetado el equilibrio, sino haberlo hecho de manera que el contrato en un todo lo refleje, en fin, no basta creer que se obra conforme a buena fe, sino obrar en un todo según los mandatos de la buena fe¹⁸.

Así las cosas, como se viene expresando, no puede el ordenamiento respaldar que un profesional, de quien se espera acorde con los postulados de la buena fe exenta de culpa, en sus negocios omita especificar la real naturaleza del contrato

16 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, civ., 2 de julio de 2001, exp. 6146).

17 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencias de 23 de junio de 1958, LXXXVIII, 234; 20 de mayo de 1936; XLIII, 46 y ss., 2 de abril de 1941, LI, 172; 24 de marzo de 1954, LXXXVIII, 129; 3 de junio de 1954, LXXXVII, 767 y ss.).

18 Neme Villareal, Martha Lucía. Buena Fe Subjetiva y Buena Fe Objetiva. Equívocos a los que conduce la falta de claridad en la distinción de tales conceptos. Revista de Derecho Privado, 17-2009 Universidad Externado de Colombia. Pág, 58

que promueve, ni la de los bienes objeto del mismo, pues, sin duda, ese actuar lo deja inmerso en el incumplimiento de los deberes que le son exigibles acatar, juicio introspectivo que no puede quedarse en la creencia que se estaban obedeciendo y, por el contrario, lo expone al juicio de reproche por desatender el cuidado que le era menester desplegar para informar suficientemente a su contraparte, particularmente cuando el receptor es el ciudadano promedio, a quien no es plausible exigirle que descubra situaciones ocultas propias del normal conocimiento de su contraparte, por lo que no le es reprochable confiar en aquello que le fue informado por quien detenta un conocimiento y experiencia tal que le exigen no defraudar la legítima confianza de los futuros compradores.

No se puede, entonces, considerar que haber publicitado la venta de casas de 178 y 179 Mts², haciendo uso de los avisos cuestionados, sin especificar la real composición del área ofrecida, y haber transferido, en verdad, el dominio sobre un espacio considerablemente menor al que se hizo público, se compadezca con las exigencias derivadas de la buena fe exenta de culpa, en tanto que, dolosa o culposamente, lo cierto es que su conducta se encuentra lejos de estimarse acorde con la diligencia, probidad y corrección que se espera de los profesionales en el comercio, a quienes les es reclamable ofrecer tal información. En este orden destaca que no es lo mismo invitar a que se adquiera la propiedad de inmuebles con áreas de 178 y 179 Mts², cuando los constructores, candidatos a vendedores de los mismos, saben a ciencia cierta que de esa área solo se va a transmitir la propiedad de un segmento de la misma, en cuanto, hay otro espacio que, a pesar de ser de uso exclusivo de cada inmueble, sin embargo, este no se va a sentar en el patrimonio de los compradores, pues, de acuerdo al régimen de propiedad horizontal, pertenecen a la copropiedad y está sujeto a las restricciones previstas en el artículo 23 de la ley 675 de 2001¹⁹.

De ello relieves el Tribunal que si, simple y llanamente, se anunciaba en venta 178 Mts², nada diferente a hacerse al dominio del área publicitada podía esperar el consumidor en la celebración de los contratos compraventa, lo cual no ocurrió pues, como se vio, al momento de consolidar los negocios, tanto el de promesa como el de compraventa sólo era posible la transferencia del dominio de 144.53, 146.06, 168.39, 154.55 MTs² según el caso, aspecto este de capital importancia, habida cuenta de que, finalmente lo que se quiere con la celebración de este tipo de acuerdos, y que resulta cardinal en la determinación de contratar es, a fin de cuentas, el área de la que se adquiere el derecho de dominio.

Adicionalmente, debe resaltarse que dentro del proceso no se encuentra acreditado que de tales precisiones hayan conocido los compradores al momento de la cotización particular de los inmuebles, pues, en sentido contrario, de las documentales obrantes a folios, y de los interrogatorios de los demandados recabados dentro del proceso, se extrae que tales pormenores solo se pusieron en conocimiento de los actores al momento en que iban a firmar las promesas de compraventa, esto es, en una etapa ya avanzada de las conversaciones. Esa percepción, se insiste, de que la publicidad no estuvo informada por la franqueza y

19 **ARTÍCULO 23. RÉGIMEN ESPECIAL DE LOS BIENES COMUNES DE USO EXCLUSIVO.** Los propietarios de los bienes privados a los que asigne el uso exclusivo de un determinado bien común, según lo previsto en el artículo anterior, quedarán obligados a:

1. No efectuar alteraciones ni realizar construcciones sobre o bajo el bien.
2. No cambiar su destinación.
3. Hacerse cargo de las reparaciones a que haya lugar, como consecuencia de aquellos deterioros que se produzcan por culpa del tenedor o de las reparaciones locativas que se requieran por el desgaste ocasionado aun bajo uso legítimo, por paso del tiempo.
4. Pagar las compensaciones económicas por el uso exclusivo, según lo aprobado en la asamblea general.

la transparencia que recae sobre un aspecto de suma relevancia referido a la verdadera composición de las áreas que eran ofrecidas a los futuros compradores, de las que era dable esperar se extendiera a todo lo ofrecido, los llama en responsabilidad, pues, en verdad, en la publicación nada se dijo de la bifronte conformación del área genéricamente descrita.

No obstante las motivaciones precedentes, ha de relieves el Tribunal que no basta para imputar responsabilidad con que se acredite, como al efecto lo está, la existencia de la infracción de los deberes de corrección y lealtad que se deben entre contratantes, pues ello configura apenas un eslabón de la cadena que es necesario recorrer para deducir la obligación de indemnizar en cabeza de los demandados, razón por la que superado el análisis sobre el desconocimiento de los deberes secundarios derivados de la buena fe, procederá la Sala a enjuiciar la acreditación de los restantes elementos de la responsabilidad:

De antaño se ha reconocido que en todo juicio de responsabilidad emerge indispensable, para efectos de endilgarle a la parte demandada el deber de reparar los perjuicios causados, que se demuestre la existencia de una estrecha relación causal con el comportamiento transgresor del ordenamiento, el cual debe ser único, exclusivo, y por sobre todo, determinante de la lesión base de la condena peticionada.

En torno del daño ha sido la jurisprudencia patria unánime en reconocer que este es la piedra angular sobre la que se soporta todo el juicio de responsabilidad civil, en tanto y en cuanto, si no se encuentra probado hasta allí ha de llegarse en el estudio de la obligación de reparar, pues si no existe o simplemente brilla por su ausencia prueba que lo acredite con grado de certeza, poco o nada importa, para efectos del análisis de la responsabilidad, que se haya demostrado una actitud contraria a derecho de la llamada a responder, pues aun en este escenario, la condena no se puede soportar sobre hipótesis, inferencias, o especulaciones, por muy justo que parezca vindicar el derecho de los demandantes, o deseable punir la conducta del demandado para efectos de garantizar la no repetición del comportamiento lesivo.

Así las cosas, debe tenerse presente que, tal y como lo enseña la decantada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, “uno de los presupuestos infaltables en orden a estructurar la responsabilidad civil por los delitos y las culpas es, justamente, la relación de causalidad, también llamada “*relación causal*” o “*nexo causal*”; para decirlo con mayor precisión, conforme a las disposiciones legales contenidas en el título 34 del Libro 4º del Código Civil y con arreglo a la reiterada orientación jurisprudencial de la Sala sobre la materia, el sujeto de derecho que al amparo de ese supuesto normativo demande la reparación de los perjuicios que el demandado, por sí mismo o por medio de sus agentes, le haya causado u originado en una culpa o un hecho suyo, debe asumir la carga de probar, por lo menos en principio, el daño sufrido, el hecho intencional o culposos de éste, y la relación de causalidad entre ese proceder y el perjuicio padecido por la víctima”²⁰.

Reclaman los demandantes como perjuicio derivado de la publicidad engañosa el valor de los metros ofrecidos pero de cuya área no se transmitió la propiedad, daño del que no se advierte guarde una relación causal con el hecho base de responsabilidad, carga que debe soportar el extremo demandante bajo el tenor del axioma procesal que enseña que a las partes le corresponde probar el supuesto

²⁰ Corte Suprema de Justicia , 24 de septiembre de 2009.

de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico perseguido por ellas, de modo que, en casos como el que ahora ocupa la atención de la Sala, no podrá salir avante la pretensión condenatoria cuando, no obstante haberse acreditado un obrar contrario a los postulados de la buena fe exenta de culpa, no se puede establecer directamente cómo la publicidad engañosa incidió causal y determinadamente en el específico daño que se reclama.

En este orden, debe relievase que si los actores al momento de firmar las promesas de compraventa de los inmuebles promocionados conocieron a ciencia cierta la verdadera composición de los inmuebles, esto es, que las terrazas y los parqueaderos no iban a ser transferidos como bienes de carácter privado, se impone como conclusión que el valor de cada uno de los metros cuadrados que se dejaron de entregar como consecuencia de los contratos de compraventa celebrados con las demandadas, no tiene como fuente u origen en la infracción de los deberes emanados de la buena fe, pues, en verdad, no se ve cómo esa publicidad incidió exclusiva y determinante en la aminoración patrimonial que es propia del daño emergente que puntualmente reclaman, en tanto que, se insiste, si la diferencia en las áreas fue un aspecto conocido en el preciso instante de la celebración de los contratos preparatorios, ello impide inferir la existencia del nexo entre la reticencia de las demandadas y el perjuicio estimado sobre el valor de los metros cuadrados que fueron entregados como áreas comunes de uso exclusivo.

Con la misma orientación, ha de resaltarse que el daño no se puede radicar en el menor valor que los inmuebles tuvieron **“cuando deseen vender deben hacerlo por el área real es decir por áreas de 125 a 150 Mts2”**²¹ en tanto que este representa un perjuicio eventual huérfano de prueba que impide el triunfo de las pretensiones, ya que no hay elemento de juicio del cual se pueda extraer que los predios tuvieron menor valor por esa circunstancia, pues lo cierto es que, a pesar de que no es lo mismo que toda el área sea entregada como privada, tampoco es indiferente que se tenga o no la exclusividad en el uso de una porción de terreno, ya que aunque no pueda reputarse propietario, la ventaja que ello representa inculcablemente interfiere positivamente en el valor de los inmuebles, tal y como fue reconocido en el dictamen pericial rendido en el trámite de la primera instancia.²²

Es decir, para la Sala es claro que las demandantes fueron defraudadas en la confianza que les era lícita depositar en los constructores, pero los pedimentos elevados padecen de una falencia demostrativa insalvable en el entendido de que no se pudo establecer cómo esa infracción repercutió negativamente en sus patrimonios con el fin de acreditar la existencia del daño emergente, o, si en verdad, los inmuebles padecían, por el sólo hecho de que se haya entregado parte del área como de uso exclusivo, de una depreciación tal que tornara procedente la condena reclamada, lo cual, de suyo, frustra el éxito de sus pretensiones, en tanto que, como se dijo, en los procesos de responsabilidad civil, sin prueba del daño o de su nexo causal, de nada sirve haber acreditado la infracción de los deberes que emanan de la buena fe por parte de las demandadas, por cuanto “quien reclama a su vez indemnización por igual concepto, tendrá que demostrar... el perjuicio padecido, el hecho intencional o culposo atribuible al demandado y la existencia de un nexo adecuado de causalidad entre ambos factores...”²³ razones que justifican la confirmación de la decisión cuestionada.

21 Fl. 298 Cdno 1

22 Fl. 831 y 832 del Cdno 1 Tomo 2.

23 Corte Suprema de Justicia sentencia de 14 de marzo de 2000, exp.5177).

En lo que toca con el alegato elevado por la demandante en punto de la inepta contestación de la demanda, baste señalar que los eventuales defectos que pudieran serle enrostrados al acto de riposta, no se pueden equiparar, como se pretende, con la guarda de silencio que torne procedente juzgar su conducta como un indicio grave en contra, entre otras razones, porque de encontrarse acreditada la conjunción de hechos que no se individualizaron como sustento de cada excepción o la existencia de apartes oscuros y de difícil comprensión, emerge como deber del juez interpretar su contenido con el fin de superar la incertidumbre que pudiera irrumpir de allí, tal y como se actuaría cuando tales vacilaciones provengan de la demanda lo cual, a más de juzgarse conveniente, fungiría garantista del derecho constitucional a la igualdad, en tanto, que demandante y demandado recibirían idéntico tratamiento.

Finalmente, como en la sentencia de primera instancia se reconoció que existió publicidad engañosa, aunque no la mala fe de los demandados y en la presente providencia se declaró, en esencia, que hay responsabilidad precontractual, y que se absuelve de condena pecuniaria porque el perjuicio cobrado no guarda una relación causal con el hecho imputado, para el Tribunal es claro que tanto las pretensiones como las excepciones prosperaron parcialmente, razón por la cual no puede predicarse que, en rigor, exista una parte vencida que a la luz del numeral 1 del artículo 392 del CPC justifique imposición en costas para ninguna de la partes, razón por la cual se revocará el numeral 2 de la sentencia emitida por el Juzgado Trece Civil del Circuito de Descongestión y habrá abstención sobre el punto en esta instancia.

FUENTE NORMATIVA :	ARTÍCULO 863 del C.de Co.
	: ARTÍCULOS 1° Literal “d”y 14 Decreto 3466 de 1982
	: ARTÍCULO 23 Ley 675 de 2001,
	: TITULO 34 CAPÍTULO 4° DEL C.C.
	: ARTÍCULOS 95, 97 y 392 C.P.C.
	: Mosset, Iturraspe, Jorge. Piedecasas Miguel, Responsabilidad Civil y
	: Contratos, Responsabilidad precontractual. Página. 108
	: Emilio Betti. Teoría General de las Obligaciones, Trad. José Luis del
	: los Mozos.
	: Monsalve Caballero, Consideraciones actuales sobre la obligación
	: Precontractual de información, una perspectiva europea.
	: ARTÍCULO 847 OFERTA MERCADERÍAS.
	: Sentencia 04 de 16 de febrero de 2009 Superintendencia de Industria
	: y Comercio
	: Jaeckel Kovacas, Jorge. Publicidad Engañosa. Análisis Comparativo
	: Revista Jurisconsulto. Cámara de Comercio de Bogotá. Número 8
	: 2004. Pág. 16
	: C.S.J. Sentencia del 13 de diciembre de 2001.M.P. Jorge Antonio
	: Castillo Rugeles.
	: C.S.J. Sentencia del 12 de agosto de 2002 M.P. José Fernando
	: Ramírez Gómez.
	:C.S.J. Sala de Casación Civil, Sentencia de 19 de octubre de 2009,
	: M.P. William Namén Vargas, p. 25
	: Rengifo García, Ernesto, el Deber precontractual de información, -
	:página 5.
	: LORENZETTI, Ricardo luis. Consumidores.Rubizal-Culzoni Editores.
	: C.S:J:, 24 de septiembre de 2009.
	: C.S.J. sentencia de 14 de marzo de 2000, exp. 5177
	: 2013-02-27
FECHA	
PROCESO	: ORDINARIO RESPONSABILIDAD (Apelación sentencia)
PONENTE	: Dr. LUIS ROBERTO SUÁREZ GONZÁLEZ
DEMANDANTE	: PEDRO ENRIQUE GONZÁLEZ VARGAS Y OTROS
DEMANDADO	: URBANIZADORA SANTAFE DE BOGOTÁ URBANZA S.A.
RADICACIÓN	: 036-2008-00282-01
DECISIÓN	: CONFIRMA NUMERAL PRIMERO Y REVOCA NUMERAL SEGUNDO

1.1.2

SALA CIVIL

Problema jurídico por resolver: la Sala se centra en determinar si la abstención de condenar en perjuicios en el proceso penal por falta de prueba, ¿produce efectos de cosa juzgada en el proceso civil?

“(…) COROLARIO DE LO EXPUESTO Y COMO QUIERA QUE EN EL PROCESO NO CONCURREN LA TOTALIDAD DE LAS EXIGENCIAS ESTABLECIDAS PARA EL ÉXITO DE LA EXCEPCIÓN PREVIA DENOMINADA COSA JUZGADA, EN TANTO, COMO VIENE DE VERSE, EN LA JUSTICIA PENAL NO SE NEGÓ NI SE DECLARÓ PROBADA LA AUSENCIA DEL PERJUICIO Y, POR ENDE, NO EXISTIÓ PRONUNCIAMIENTO DE FONDO PARA ABSOLVER A LOS CONVOCADOS AL INCIDENTE, ESA SITUACIÓN REHUSA LA APLICACIÓN DEL FENÓMENO EN REFERENCIA E, IMPONE, EN CONSECUENCIA, LA CONFIRMACIÓN DE LA DECISIÓN DE PRIMER GRADO.

Es por ello, que esta Corporación, en ejercicio de la labor destacada en el párrafo que antecede, procede a establecer si en el proceso penal, en puridad, se emitió resolución de mérito en el tema de los perjuicios, que como decisión definitiva, irrecusable e irreversible constituya dique para que nuevamente se aborde dicho aspecto en el proceso civil.(…)

a) Demanda:

Los extremos demandados Imbocar S.A.S. y Víctor Fabio Sarmiento Rozo, propusieron como medio de defensa la excepción previa denominada cosa juzgada, fundamentada en la sentencia emitida por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Soacha – Cundinamarca, confirmada, en segunda instancia, por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca, por medio de las cuales se condenó al señor Sarmiento Rozo, a la pena principal de 32 meses de prisión y multa de 26.66 SMLMV, como autor responsable del delito de homicidio culposo, fallo en el que, además, existió pronunciamiento en torno a los perjuicios de orden material y moral reclamados por los sucesores de Javier Salazar Acosta.

El fallador de primer grado declaró no probada la excepción en comento, manifestando que en vigencia de la ley 600 de 2000, el procedimiento penal contemplaba la configuración del fenómeno apellidado como cosa juzgada respecto de decisiones de contenido eminentemente absolutorias, previsión que no fue introducida por el legislador en la ley 906 de 2004; agregando, que a pesar de la valoración probatoria que hicieron los jueces que conocieron de la causa, estos se abstuvieron de emitir condena por concepto de los perjuicios materiales solicitados, por considerar que no se acreditó su existencia, juicio de valor que, expuso el *a quo*, es constitutivo, en materia civil, de una indebida acumulación de pretensiones y no de una ausencia de elementos demostrativos, distorsión que, así mismo, adujo, generó en la especialidad penal un fallo inhibitorio que no patentiza el medio de defensa formulado, decisión contra la que los demandados presentaron recurso de apelación, el que procede a resolverse, de acuerdo con las siguientes,

CONSIDERACIONES

Tres identidades procesales impiden que un conflicto sea llevado nuevamente ante la jurisdicción, las que recaen en el objeto, la causa y las partes, principio que tiene como cometido darle un matiz definitivo a los asuntos que resuelve el Estado como administrador de justicia, haciendo efectiva la seguridad jurídica, evitando decisiones contradictorias y propendiendo por la inmutabilidad de la sentencia en firme, instituto que tiene, entonces, como propósito proscribir "el planteamiento nuevo de determinadas cuestiones, y las futuras decisiones acerca de estos puntos específicos, [los cuales] solamente estarán excluidos en cuanto tengan por resultado hacer nugatorio o disminuir de cualquier manera el derecho tutelado en la sentencia precedente". (CSJ. Gaceta Judicial. Tomo CLXXVI).

En la resolución de la categoría de caso juzgado que se denuncie sobre un aspecto determinado, se acude, de manera exclusiva, al análisis comparativo de los dos procesos, para determinar si de ellos se predica la triple identidad prevista en el artículo 332 del estatuto de los ritos civiles, de acuerdo con el cual "La sentencia ejecutoriada proferida en proceso contencioso tiene fuerza de cosa juzgada, siempre que el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto, y se funde en la misma causa que el anterior, y que entrambos procesos haya identidad jurídica de partes", pensamiento aliviado por la Corte Suprema al destacar que "Como la autoridad de la cosa juzgada no se produce sino en relación con una sentencia determinada, las denominadas identidades procesales constituyen el elemento de contraste para precisar si existe o no; y respecto de esa cuestión concreta se habla de los llamados límites de la cosa juzgada: es decir, que así como la sentencia puede afectar a los sujetos contendientes y generalmente a nadie más que a ellos, así también ha de versar sobre el objeto a que el proceso alude, y ha de pronunciarse únicamente por la causa que se alegó para deducir la pretensión o la excepción. Solamente cuando el proceso futuro es idéntico, en razón de estos tres elementos, la sentencia dictada en el anterior produce cosa juzgada material"²⁴.

Descendiendo al caso concreto, surge evidente, de auscultar el material probatorio recaudado en el proceso, que el Juzgado Primero Penal del Circuito de Soacha – Cundinamarca, en fallo adiado el 4 de febrero de 2009²⁵, encontró responsable al señor Víctor Fabio Sarmiento Roza, como autor del delito de homicidio culposo, por los hechos ocurridos el 5 de enero de 2007, en donde perdió la vida Javier Salazar Acosta, condenándolo a la pena principal de 32 meses de prisión y multa de 26.66 SMLMV, providencia en la que, además, reconoció a los sucesores, por concepto de perjuicios morales, el equivalente de 150 SMLMV para Valentina y Estefanía Salazar y 100 SMLMV para Sandra Carolina Díaz Parra, emolumentos que, dispuso, deben ser cancelados de manera solidaria por el condenado y las sociedades Imbocar S.A.S. y Leasing Bancolombia S.A., quienes fueron vinculados a la causa como terceros civilmente responsables²⁶.

Así mismo indicó, en cuanto a la condena por perjuicios materiales, que si bien se acreditó en el proceso los ingresos mensuales del señor Javier Salazar Acosta y la existencia de la esposa y dos hijas, como sucesoras, no se demostró, en realidad, la cuantía del perjuicio, tal como "se exige en el nuevo sistema acusatorio", pues no se expresó con claridad de dónde surgen los valores reclamados, aunado a que tampoco se aportó documental alguna por medio de la cual se determinara la vida probable del occiso y de su cónyuge –de quien afirmó, recibe una suma de dinero por concepto de pensión de sobreviviente-, los gastos médicos, funerarios,

²⁴ C.S.J. Sentencia S-130 de 2001.

²⁵ Decisión confirmada en segunda instancia por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca, el 16 de abril de 2009.

²⁶ Cfr. folio 9.

así como las cifras destinadas para la educación y vestido de sus hijas, circunstancias por las que se **abstuvo** de emitir condena en tal sentido, decisión opugnada por el representante de las víctimas, quien reclamó en la alzada, entre otras cosas, la revocatoria del fallo en mención en lo que a este punto refiere y, en su lugar se condene a Víctor Fabio Sarmiento Rozo y a las sociedades Imbocar S.A.S. y Leasing Bancolombia S.A., en forma solidaria, a pagar las sumas de dinero reclamadas por concepto de perjuicios materiales.

La Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca, al desatar el recurso de apelación impetrado y tras hacer énfasis sobre los postulados penales que regulan el incidente de reparación integral, confirmó la sentencia de primer grado, bajo la tesitura de que los perjuicios materiales no pueden ser tasados por el juez de manera oficiosa como ocurría en vigencia del Código Penal de 1980 y el anterior sistema regido por la ley 600 de 2000, pues, por el contrario y para el caso concreto, de acuerdo con las directrices consagradas en la ley 906 de 2004, le corresponde al solicitante su cuantificación, labor que, indicó, no realizó el apoderado de las víctimas, en tanto no demostró cual fue el daño material ocasionado a cada una de ellas.

Por su parte, en el proceso ordinario que ocupa la atención de la Corporación, que fue instaurado por Sandra Carolina Díaz Parra, Estefanía y Valentina Salazar Díaz, en contra de las sociedades Imbocar S.A.S., Leasing Bancolombia S.A. Compañía de Financiamiento Comercial y Víctor Fabio Sarmiento Rozo, las demandantes reclamaron, con fundamento en las circunstancias en las que su esposo y padre perdió la vida, el reconocimiento de perjuicios materiales por concepto de lucro cesante actual y futuro²⁷, *petitum* al que se resistieron los demandados a través de la excepción previa de cosa juzgada, por considerar que sobre el tema ya existió pronunciamiento de fondo por parte de la justicia penal, argumento que, como viene de verse, no halló éxito ante el juez de primera instancia.

Contra lo así decidido se alzó el gestor judicial de los demandados, alegando que en el incidente de reparación integral se discutió ampliamente el tema relativo a los perjuicios materiales perseguidos, escenario en el que se expresó que los valores reclamados no fueron soportados con algún medio de convicción, además, de no haberse discriminado la cifra pretendida por cada una de las víctimas, acaso que, en su sentir, no genera la falencia de forma que expuso el juez de instancia.

Agregó, frente al planteamiento del fallo inhibitorio manejado por el a quo, que en el caso concreto tampoco se está en presencia de esa situación, pues la indebida acumulación de pretensiones no conlleva a una sentencia de esas características.

Destacados los aspectos sobre los que versa el presente asunto, útiles para la resolución del caso puesto en consideración de esta instancia, y con el propósito de elucidar el tema de la triple identidad, se procede a parangonar los elementos en cada uno de los procesos objeto de comparación, para determinar, si en el *sub lite* se está en presencia de las exigencias configurativas del fenómeno de la cosa juzgada, en los siguientes términos:

Acerca de la identidad de extremos, presupuesto de “La eadem conditio personarum” [que] consiste en la identidad jurídica de las partes en los dos procesos, y cuyo fundamento racional está en el principio de la relatividad de las sentencias (art. 17 C. C.), según el cual por regla general la fuerza obligatoria de

²⁷ Cfr. folio 24 *ibídem*.

un fallo judicial se limita a las personas que han intervenido como partes en el proceso en que se profiere (...)”²⁸, palmario es que este elemento concurre en el sub judice, pues tanto en la investigación penal adelantada, como en el proceso ordinario declarativo presentado, fungen como intervinientes Sandra Carolina Díaz Parra, Valentina y Estefanía Salazar Díaz, así como las sociedades Imbocar S.A.S. y Leasing Bancolombia S.A., al igual que Víctor Fabio Sarmiento Rozo.

En cuanto a la causa, que es “El otro factor del límite objetivo, la eadem causa petendi, se concreta en el motivo o fundamento inmediato del cual una parte deriva su pretensión deducida en el proceso”²⁹, habrá de afirmarse que también se presenta en la situación que se juzga, pues en uno y otro litigio se expuso como motivo para demandar y reclamar la indemnización de perjuicios, el accidente de tránsito ocurrido el 5 de enero de 2007, en el que perdió la vida Javier Salazar Acosta.

Finalmente, la coincidencia en el objeto, o “La eadem res (...) se traduce esencialmente en que no le es permitido al juez, en proceso futuro, desconocer o disminuir de cualquier manera el bien jurídico disputado en juicio precedente y reconocido en la sentencia proferida en éste”³⁰, postulado que aunque en línea de principio podría afirmarse se encuentra presente en el *sub lite*, en tanto que en ambos procesos se persigue el reconocimiento y pago de los perjuicios materiales ocasionados a los sucesores del *de cujus*, lo cierto es que sobre dicho tema, en criterio de esta Corporación, no existió una decisión de fondo ante la especialidad penal que permita concluir que el debate sobre el mismo se presentó y concluyó de forma definitiva.

Sobre el punto, comporta memorar, que tal como lo ha expresado la jurisprudencia vernácula, la mera existencia material de una providencia penal, en términos generales, no es suficiente para declarar la configuración de la institución del fenómeno de la cosa juzgada, pues, debe recordarse, que la misión del fallador no se contrae a “trasplantar aquella decisión mecánicamente al litigio civil, sino que constituye menester ineludible del juez de ésta especialidad (...) mirar que tal pronunciamiento (...) no resulte meramente formal”³¹ porque pueden calar juicios penales “sin ningún análisis serio, o, peor aún, carentes de todo análisis”³², o existir razones legales que impiden esa decisión de fondo, por cuyo estudio se ha de concluir en la presencia de la cosa juzgada ó bien en la ausencia de cortapisa que imposibilite volver a plantear el tema de los perjuicios perseguidos.

Es por ello, que esta Corporación, en ejercicio de la labor destacada en el párrafo que antecede, procede a establecer si en el proceso penal, en puridad, se emitió resolución de mérito en el tema de los perjuicios, que como decisión definitiva, irrecusable e irreversible constituya dique para que nuevamente se aborde dicho aspecto en el proceso civil.

Conviene destacar, como punto de inicio, que a pesar de que los recurrentes afirmaron que en el proceso penal adelantado y, concretamente, en el incidente de reparación integral formulado por las víctimas, se abordó ampliamente el tema del daño material causado con la conducta punible y que en la decisión tomada no hubo condena al pago de perjuicios como conclusión definitiva, en el sentir del

28 C.S.J. Sentencia S-130 de 2001.

29 Ibídem.

30 Providencia citada.

31 C.S.J. Sentencia de septiembre 3 de 2002. Exp. 6358.

32 Ibídem.

Tribunal esa determinación no resulta ser óbice para que la justicia civil analice nuevamente el tema, reflexión a la que se arriba de acuerdo con los siguientes planteamientos:

No pierde de vista esta instancia que en las sentencias proferidas en la especialidad penal, se valoró la materia de la indemnización de perjuicios y que hubo condena por los perjuicios morales; así mismo se evaluó la prueba presentada para el efecto; la naturaleza del perjuicio; sus eventuales beneficiarios; en la medida en que se tuvo en cuenta que Valentina y Estefanía Salazar Díaz, son hijas de Javier Salazar Acosta y que Sandra Carolina Díaz Parra, era su esposa, al igual que el *de cujus* devengaba un salario mensual integral de \$5.638.100., sin embargo, de igual manera se concluyó que los perjuicios no se cuantificaron, toda vez que no se “demostró el daño directamente sufrido por cada una de sus representantes [haciendo alusión a las víctimas], a causa del deceso del antes mencionado, bien sea por pérdida del derecho a los alimentos o a la manutención en general”, actividad que el juez de conocimiento consideró imprescindible para imponer la condena en concreto, bajo el sustento de que “no resultan iguales los daños materiales ocasionados a las menores hijas del difunto que los causados a su esposa”, cuantificación que, adujo, no era posible suplir con el decreto de pruebas de oficio como ocurría en vigencia del Código Penal de 1980 y el anterior sistema regido por la ley 600 de 2000.

Igualmente está plenamente acreditado que los jueces de las penas, al valorar que no existía prueba de la cuantía individual del perjuicio para cada uno de los sucesores del causante, se abstuvo de “condenar a Víctor Fabio Sarmiento Roza en perjuicios materiales”, circunstancia que demuestra que la justicia penal no absolvió a aquél y a las sociedades Imbocar S.A.S. y Leasing Bancolombia S.A. Compañía de Financiamiento Comercial, de los daños materiales perseguidos por el representante de las víctimas. Por el contrario, lo que se colige del texto de los fallos que sirvieron de cimiento al mecanismo exceptivo formulado, es la **abstención** por parte de la justicia penal de condenar a las personas que fungieron como vinculados en el incidente de reparación integral, vocablo que no encarna las consecuencias jurídicas que pretenden atribuirle los extremos demandados, en la medida en que dicha expresión, en su acepción básica, corresponde a “privarse de alguna cosa”³³, en este caso, pronunciarse de fondo acerca de la condena por los perjuicios materiales perseguidos, aspecto que difiere, *in toto*, de la absolución, en la que existe un auténtico pronunciamiento de fondo.

En este sentido, conviene hacer especial mención en que el uso del término abstención, del que se ha hecho referencia, no corresponde a una utilización inadecuada, ligera e incorrecta del lenguaje por parte del juez penal, pues esta se explica con las circunstancias que antecedieron y que condujeron a adoptar tal determinación, entre ellas: *i)* el reconocimiento del perjuicio derivado del accidente de tránsito en el que perdió la vida Javier Salazar Acosta, *ii)* de las personas que están legitimadas para reclamar la reparación monetaria, *iii)* la remuneración mensual que devengaba el causante y, *iv)* la labor que debía realizarse para cuantificar los perjuicios materiales instados, lo que de suyo demuestra la existencia del perjuicio, pero que, ante la ausencia de material probatorio que permitiera establecer su valoración, existió abstención, orientación que fundó en el artículo 97 del Código Penal.

Ese reconocimiento del perjuicio y la ausencia de prueba de su cuantía, tiene un tratamiento totalmente diferente en la jurisdicción civil, pues cuando el fallador en

33 Definición contenida en el diccionario de la Real Academia Española.

esta especialidad advierte que no existe prueba suficiente para emitir una condena en concreto por concepto de los perjuicios reclamados, aunque sí del perjuicio, tiene la obligación de decretar “de oficio, por una vez, las pruebas que estime necesarias para tal fin”³⁴, lo anterior porque al juez “no le está permitido escoger, sin más, el fácil camino de desestimar las pretensiones con la consiguiente absolución del demandado, sin agotar previamente el deber insoslayable de decretar pruebas de oficio, aun cuando ello pueda significar –y no es para preocuparse-, que su tarea seguramente se tornará mucho más ardua, exigente y compleja, incluso, ha de acotarse que, por mandato legal, su desatención lo hará incurrir en falta sancionable conforme al régimen disciplinario”³⁵, en fiel apego al principio que traduce el deber de reparar a las víctimas cuando se halle plenamente demostrada la configuración de los elementos que abren paso a la reclamación perseguida, hecho que, sumado a los expuestos, demuestra la posibilidad de que se ventile, ante la especialidad civil, el tema atinente a la cuantificación de los perjuicios elevados en el *petitum* demandatorio.

Corolario de lo expuesto y como quiera que en el proceso no concurren la totalidad de las exigencias establecidas para el éxito de la excepción previa denominada cosa juzgada, en tanto, como viene de verse, en la justicia penal no se negó ni se declaró probada la ausencia del perjuicio y, por ende, no existió pronunciamiento de fondo para absolver a los convocados al incidente, esa situación rehusa la aplicación del fenómeno en referencia e, impone, en consecuencia, la confirmación de la decisión de primer grado.”. (...)

FUENTE NORMATIVA: LEY 600 DE 2000.	
	: LEY 906 DE 2004
	: ARTÍCULOS 332 y 307 del C. P.C.
	: ARTÍCULO 17 DEL C.C.
	: ARTÍCULO 97 DEL C.P.
	: C.S.J. Sentencia S-130 de 2001, Sentencia 3 de septiembre de 2002 Exp. 6358
	: C.S.J. Sentencia de 26 de julio de 2004 Exp. 7273
FECHA	: 2013-05-30
PROCESO	: ORDINARIO (APELACIÓN AUTO)
PONENTE	: Dr. LUIS ROBERTO SUÁREZ GONZÁLEZ
DEMANDANTE	: SANDRA CAROLINA DÍAZ PARRA y OTROS
DEMANDADO	: IMBOCAR S.A.S. y OTROS
RADICACIÓN	: 11001-31-03-017-2011-00302-02
DECISIÓN	: CONFIRMA EL AUTO APELADO
1.2. 1	

Sala de Familia

El problema jurídico por resolver la Sala se centra en determinar si *la relación que existió entre los señores HÉCTOR FERNANDO ORTIZ MARROQUÍN y el hoy fallecido ORLANDO ESPINOSA RAMÍREZ fue característica de una unión marital de hecho para que pueda reconocerse los efectos patrimoniales.*

“DE ACUERDO CON LA PRUEBA TESTIMONIAL RECAUDADA CUYAS AFIRMACIONES MÁS TRASCENDENTES ACABA LA SALA DE RESUMIR, NO EXISTE EL MENOR ASOMO DE DUDA DE QUE CIERTAMENTE, ENTRE LOS SEÑORES HÉCTOR FERNANDO Y ORLANDO SÍ EXISTIÓ UNA CONVIVENCIA QUE TUVO UNA DURACIÓN MÍNIMA DE DIECINUEVE AÑOS, PUES LOS DEPONENTES DE CARGO FUERON COINCIDENTES EN AFIRMAR QUE ENTRE LA CITADA PAREJA EXISTIÓ UNA UNIÓN MARITAL COMO CUALQUIER

34 Cfr. Inciso primero del artículo 307 del estatuto de los ritos civiles.
35 C.S.J. Sentencia calendada el 26 de julio de 2004. Exp. 7273.

PAREJA; SE TIENE POR EJEMPLO, LA VERSIÓN DADA POR EL DECLARANTE CAMILO RAMÍREZ SÁNCHEZ, PRIMO DEL HOY FALLECIDO ORLANDO ESPINOSA, QUIEN DE MANERA ENFÁTICA EXPUSO CONSTARLE LA RELACIÓN QUE TUVO LA CITADA PAREJA POR CUANTO TUVO LA OPORTUNIDAD DE VISITARLA EN VARIOS DE LOS SITIOS DONDE SE DESARROLLÓ SU CONVIVENCIA, COMO EN EL APARTAMENTO UBICADO EN EL PRIMER PISO DE LA CASA DE ORLANDO EN CIUDAD MONTES, EN EL APARTAMENTO DE LA CASA DE LA TÍA TERESA EN EL BARRIO GALÁN, EN EL APARTAMENTO QUE TOMARON EN ARRIENDO EN EL BARRIO PRIMAVERA, Y EN EL APARTAMENTO DE LA PRIMA GLADYS RIVERA EN EL BARRIO PALERMO SUR, ARRIBA DE LA SEVILLANA, Y AUNQUE NO LOS VISITÓ EN EL ÚLTIMO SITIO DE RESIDENCIA QUE FUE EN EL APARTAMENTO UBICADO EN QUINTANARES – SOACHA, ASEGURÓ QUE LA RELACIÓN DE PAREJA PERDURÓ HASTA EL ÚLTIMO MOMENTO Y PRUEBA DE ELLO ES QUE ORLANDO QUISO DEJAR ASEGURADO A FERNANDO LA PARTE DEL APARTAMENTO DE SU PROPIEDAD”. (,,,))

a) La Demanda

Mediante apoderado legalmente constituido para el efecto, el ciudadano HÉCTOR FERNANDO ORTIZ MARROQUÍN, presentó demanda en contra de los señores MARÍA DEL CARMEN RAMÍREZ DE ESPINOSA y JOAQUÍN ESPINOSA SALVADOR, como herederos determinados de quien en vida respondía al nombre de ORLANDO ESPINOSA RAMÍREZ, así como en contra de los herederos indeterminados del mismo, para que previos los trámites legales, se despachen favorablemente las siguientes pretensiones:

a. Declarar que entre HÉCTOR FERNANDO ORTIZ MARROQUÍN y ORLANDO ESPINOSA RAMÍREZ se conformó una unión marital de hecho conforme a las previsiones de la Ley 54 de 1990, desde el quince (15) de abril de mil novecientos noventa (1990), hasta el día diez (10) de septiembre de dos mil nueve (2009).

b. Declarar la existencia de una sociedad patrimonial entre HÉCTOR FERNANDO ORTIZ MARROQUÍN y ORLANDO ESPINOSA RAMÍREZ por haber sido compañeros permanentes desde el quince (15) de abril de mil novecientos noventa (1990), hasta el día diez (10) de septiembre de dos mil nueve (2009).

c. Declarar disuelta la sociedad patrimonial existente de esa unión marital de hecho y ordenar la liquidación de la misma.
(...)

b) Los Hechos

Desde el día quince (15) de abril de mil novecientos noventa (1990), se estableció una comunidad de vida permanente y singular entre el señor HÉCTOR FERNANDO ORTIZ MARROQUÍN y ORLANDO ESPINOSA RAMÍREZ; unión que fue superior a diecinueve (19) años.

Durante la unión marital, ni HÉCTOR FERNANDO ORTIZ MARROQUÍN ni ORLANDO ESPINOSA RAMÍREZ se encontraban con impedimento legal para contraer matrimonio; personas que convivieron en comunidad de personas y bienes, con los elementos esenciales que configuran la unión marital de hecho.

En el transcurso de estos años, la madre del causante y demás familiares tuvieron conocimiento de la relación de pareja existente entre ellos y como pareja, tomaron varias decisiones como compra venta de muebles e inmuebles, viajes, entre otros.

TRÁMITE PROCESAL

La demanda correspondió por reparto al Juzgado Cuarto (4º) de Familia de esta ciudad, Despacho que la admitió mediante providencia del dieciocho (18) de enero de dos mil diez (2010) y en ella ordenó darle el trámite correspondiente, así como el emplazamiento de los herederos indeterminados de quien en vida respondía al nombre de ORLANDO ESPINOSA RAMÍREZ.

Notificados los demandados determinados, a través de apoderada judicial, dieron respuesta a la demanda mediante escrito visible a folios 167 al 173 del C-1, manifestando frente a las pretensiones, oponerse a cada una de ellas.

Plantearon como excepciones, “INEXISTENCIA DE CONVIVENCIA PERMANENTE COMO PAREJA CUYA DECLARACIÓN SE IMPETRA”, la que argumentaron en que si entre ORLANDO ESPINOSA RAMÍREZ y HÉCTOR FERNANDO ORTIZ MARROQUÍN, existió un romance, la familia lo desconocía; que el señor ORLANDO siempre vivió en la casa de sus padres en una habitación “la cual constaba esencialmente de una cama sencilla, nunca llevó a su novio a dormir y la familia tampoco se lo permitirá (sic) ya que son personas de costumbres conservadoras”. “IMPROCEDENCIA POR EXTEMPORANEIDAD DE LA ACCIÓN DE EXISTENCIA Y DISOLUCIÓN DE LA SOCIEDAD PATRIMONIAL DE HECHO”, el fundamento de la misma consistió en que para solicitar la declaración de existencia de la sociedad patrimonial, se requiere que haya existido una unión marital, dado que aquélla es consecuencia de ésta. El artículo 8º de la ley 54 de 1990, establece que las acciones para obtener la disolución y liquidación de la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes prescriben en un año a partir de la separación física y definitiva de los compañeros, del matrimonio con terceros o de la muerte de uno o ambos compañeros y que en este caso, el señor ORLANDO ESPINOSA RAMÍREZ, vivió con sus padres los dos últimos años de su vida; que “[e]n esta circunstancia caduca la oportunidad para solicitar los derechos que aquí se reclaman”; por último, planteó la excepción de PRESCRIPCIÓN, con apoyo en las mismas consideraciones en que fundamentó la anterior excepción. Así mismo, solicitó que de manera oficiosa se declarara probadas todas las excepciones que resultaran demostradas de acuerdo con el artículo 306 del C.P.C.

(...)

LA SENTENCIA APELADA

Surtidas las etapas propias del proceso, culminó la instancia mediante sentencia del veintiocho (28) de noviembre de dos mil once (2011), en la que declaró no probadas las excepciones de mérito propuestas por la parte demandada y declaró la existencia de la sociedad patrimonial entre los señores HÉCTOR FERNANDO ORTIZ MARROQUÍN y ORLANDO ESPINOSA RAMÍREZ, desde el treinta y uno (31) de diciembre de mil novecientos noventa (1990), hasta el día diez (10) de septiembre de dos mil nueve (2009); la declaró disuelta y en estado de liquidación; condenó en costas a la parte demandada; por último, dispuso la expedición de las fotocopias del fallo.

SOBRE LA IMPUGNACIÓN DEL FALLO:

Inconforme con la anterior determinación, la parte pasiva interpuso el recurso de apelación, argumentando la censura en que no hubo una sana crítica en la valoración de las pruebas aportadas por la parte demandante y desechó las que aportó la parte pasiva sin ningún fundamento jurídico. Cuestionó la valoración que hizo al testimonio del señor CAMILO RAMÍREZ SÁNCHEZ, pues a pesar de ser primo del señor JOAQUÍN ESPINOSA, expuso no haber ido al apartamento ubicado en Quintanares, como tampoco asistió a ninguna de las reuniones familiares a las

que hace referencia la parte demandante. Que por el contrario, CECILIA RIVERA ESPINOSA, quien se refirió en buenos términos al demandante, no vaciló en afirmar que ORLANDO se fue a vivir con sus padres en el año 2007; que este testimonio es importante porque en la condición de prima, conoció la compra del apartamento que hicieron los hermanos ESPINOSA RAMÍREZ y al señor HÉCTOR FERNANDO ORTIZ MARROQUÍN lo conoció como arrendatario del apartamento de Quintanares.

Que no se valoraron bien las pruebas, pues al cotejar el interrogatorio que absolvió el demandante con la prueba documental aportada, “salta a la vista la MENTIRA del señor ORTIZ MARROQUÍN, al asegurar en su interrogatorio en la pregunta nueve, haber asistido a la red de apoyo que brindó la clínica, cuando se supo la verdadera enfermedad que padeció y que llevó a la muerte al señor ORLANDO ESPINOSA RAMÍREZ, pues en la constancia que aportó se lee que a la red de apoyo asistieron su hermana y la pareja actual; que según este documento, la pareja actual tiene 25 años y en el interrogatorio absuelto por el demandante dijo tener 46 años, lo que quiere decir que a la fecha de la muerte del señor ORLANDO ESPINOSA, tenía 44 años; “entonces no puede el señor ORLANDO ESPINOSA, estar refiriéndose, a HECTOR ORTIZ MARROQUIN, ya que habla de su pareja actual que tiene 25 años”.

Argumentó además que el señor ORLANDO ESPINOSA murió de sida y no resulta claro que quien dice ser la pareja de éste “no presente síntomas de esta enfermedad hecho que el juzgado debió entrar a valorar”; que el único fin del demandante es lucrarse de una pensión y que la voluntad del señor ESPINOSA RAMÍREZ era que ésta le perteneciera a sus padres. Expuso que merece plena validez el testimonio rendido por el ciudadano FREDY ALBERTO ARANZA TINJACÁ quien de manera espontánea expuso que el traspaso que hizo el señor ESPINOSA RAMÍREZ al señor ORTIZ MARROQUÍN de los derechos que aquél tenía sobre el apartamento de Quintanares, “se debió a que este último lo chantajeaba con su enfermedad y tendencias sexuales, para contarle a la familia de ORLANDO, ya que la familia de el (sic) nunca se enteró de sus tendencias y de la enfermedad que padeció”; que el señor ORLANDO siempre dio como dirección, la de la casa de sus padres, situación que corrobora el dicho de la prima de ORLANDO, cuando afirmó que éste vivía con sus padres desde el año 2007.

(...)

c) Consideraciones

Conforme con los antecedentes de esta providencia, se advierte que se plantea en este caso, la declaratoria de la existencia de la sociedad patrimonial entre una pareja del mismo sexo. Frente al punto, debe advertirse que ya la Honorable Corte Constitucional, al resolver la demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 1 y 2 parciales de la Ley 54 de 1990 en la sentencia C-075 del 7 de febrero de dos mil siete (2007), modificada parcialmente por la Ley 979 de 2005, dijo: “Las mismas consideraciones que permiten establecer que en relación con la situación patrimonial de las parejas homosexuales existe un déficit de protección a la luz del ordenamiento constitucional, llevan a la conclusión de que el régimen de la Ley 54 de 1990, tal como fue modificado por la Ley 979 de 2005, en la medida en que se aplica exclusivamente a las parejas heterosexuales y excluye de su ámbito a las parejas homosexuales, resulta discriminatorio. Así, no obstante las diferencias objetivas que existen entre los dos tipos de pareja, y las específicas consideraciones que llevaron al legislador del año 1990 a establecer este régimen de protección, fundadas en la necesidad de proteger a la mujer y a la familia, no es menos cierto que hoy por hoy puede advertirse que las parejas homosexuales presentan requerimientos análogos de protección y que no existen razones objetivas que justifiquen un tratamiento diferenciado.

“No puede perderse de vista que el objeto de la ley es atender a la disposición del patrimonio conformado durante el tiempo de cohabitación en los eventos en los que la misma termine por cualquier causa. En ese contexto, el régimen legal tiene dos manifestaciones centrales: Por un lado, se establece la presunción sobre la existencia de una sociedad patrimonial entre compañeros permanentes, y por otro, aunque concebida desde una perspectiva probatoria, se contempla la posibilidad que tienen los integrantes de la pareja, a partir de la convivencia mantenida por un período de al menos dos años, de acceder voluntariamente a ese régimen mediante declaración ante notario o en el escenario de una conciliación. Independientemente de la motivación original de la ley, es claro que hoy la misma tiene una clara dimensión protectora de la pareja, tanto en el ámbito de la autonomía de sus integrantes, como en el de las hipótesis de desamparo que en materia patrimonial puedan surgir cuando termine la cohabitación. En esa perspectiva, se reitera, mantener ese régimen de protección exclusivamente para las parejas heterosexuales e ignorar la realidad constituida por las parejas homosexuales, resulta discriminatorio.

“A la luz de los anteriores criterios y sin desconocer el ámbito de configuración del legislador para la adopción, en proceso democrático y participativo, de las modalidades de protección que resulten más adecuadas para los requerimientos de los distintos grupos sociales, encuentra la Corte que es contrario a la Constitución que se prevea un régimen legal de protección exclusivamente para las parejas heterosexuales y por consiguiente se declarará la exequibilidad de la Ley 54 de 1990, tal como fue modificada por la Ley 979 de 2005, en el entendido que el régimen de protección allí previsto también se aplica a las parejas homosexuales resulta discriminatorio.

“Quiere esto decir que la pareja homosexual que cumpla con las condiciones previstas en la ley para las uniones maritales de hecho, esto es la comunidad de vida permanente y singular, mantenida por un periodo de al menos dos años, accede al régimen de protección allí dispuesto, de manera que queda amparada por la presunción de sociedad patrimonial y sus integrantes pueden, de manera individual o conjunta, acudir a los medios previstos en la ley para establecerla cuando así lo consideren adecuado”.

Así las cosas, entrará la Sala a determinar si en este caso, la relación que existió entre los señores HÉCTOR FERNANDO ORTIZ MARROQUÍN fue característica de una unión marital de hecho para que pueda reconocerse los efectos patrimoniales que se pretende a través de esta demanda, o si como lo argumenta la parte recurrente, la única relación que existió entre el demandante y el hoy fallecido ORLANDO ESPINOSA RAMÍREZ, fue el de arrendatario y arrendador.

(...)

De acuerdo con la prueba testimonial recaudada cuyas afirmaciones más trascendentes acaba la sala de resumir, no existe el menor asomo de duda de que ciertamente, entre los señores Héctor Fernando y Orlando sí existió una convivencia que tuvo una duración mínima de diecinueve años, pues los deponentes de cargo fueron coincidentes en afirmar que entre la citada pareja existió una unión marital como cualquier pareja; se tiene por ejemplo, la versión dada por el declarante camilo Ramírez Sánchez, primo del hoy fallecido Orlando Espinosa, quien de manera enfática expuso constarle la relación que tuvo la citada pareja por cuanto tuvo la oportunidad de visitarla en varios de los sitios donde se desarrolló su convivencia, como en el apartamento ubicado en el primer piso de la casa de Orlando en ciudad montes, en el apartamento de la casa de la tía Teresa en el barrio Galán, en el

apartamento que tomaron en arriendo en el barrio primavera, y en el apartamento de la prima Gladys rivera en el barrio Palermo sur, arriba de la Sevillana, y aunque no los visitó en el último sitio de residencia que fue en el apartamento ubicado en Quintanares – Soacha, aseguró que la relación de pareja perduró hasta el último momento y prueba de ello es que Orlando quiso dejar asegurado a Fernando la parte del apartamento de su propiedad

(...)

*Queda claro entonces para la Sala que ciertamente entre los señores HÉCTOR FERNANDO ORTIZ MARROQUÍN y ORLANDO ESPINOSA RAMÍREZ sí existió una convivencia continua e ininterrumpida por un tiempo no inferior a diecinueve años, y hasta el día en que tuvo lugar el deceso del último de los nombrados; ahora, es cierto que la parte demandada realizó ingentes esfuerzos por demostrar que desde el año 2007 ORLANDO residió en la casa de sus padres por causa de la enfermedad que padecía y que allí vivió de manera permanente, pero también lo es, que dicho fundamento quedó sin piso, no solo por las versiones dadas por los testigos de cargo, siendo uno de ellos, primo del hoy causante señor ESPINOSA RAMÍREZ, sino también con la prueba documental aportada al proceso por la parte demandante en la oportunidad procesal prevista para descorrer el traslado de las excepciones de fondo, como fueron la fotocopia de la inscripción individual del señor ORLANDO ESPINOSA RAMÍREZ a CAFAM, de fecha ocho (8) de octubre de 2008, en el que aparece como dirección actual del trabajador, Transversal 5ª D No. 5 A – 35, Mz 18, apartamento 309 Quintanares Soacha, dirección que también reportó en el contrato de trabajo que suscribió con LEGIS en esa misma fecha; además, tal empresa informó al Juzgado del conocimiento que el señor ORLANDO ESPINO (sic) RAMÍREZ laboró con la misma hasta el día **29 de diciembre de 2008**, y que la dirección que reportó de domicilio fue la Transversal 5D No. 5A – 35 Mz 18 Apartamento 309, circunstancia que confirma lo expuesto por el deponente ÁLVARO BALLESTEROS ORTIZ cuando asegura que ORLANDO estuvo bajo el cuidado de sus padres solo por espacio de siete meses, ello, se rememora, porque la pareja así lo había acordado, no obstante tal circunstancia no implicó la ruptura de la relación amorosa que tenía la misma, pues los fines de semana eran compartidos por aquella en el ya referido apartamento de Quintanares, hecho que fue testificado por el citado deponente.*

No pasa por alto esta Colegiatura que los declarantes de descargo, incluso, el demandado JOAQUÍN ESPINOSA SALVADOR, fueron insistentes en manifestar que la única relación que existió entre ORLANDO ESPINOSA RAMÍREZ y el aquí demandante fue la de arrendador y arrendatario, aserciones que resultan desvirtuadas si se tiene en cuenta que la convivencia entre la citada pareja surgió desde mucho tiempo antes de que aquél adquiriera junto con su hermana LUZ MERY ESPINOSA RAMÍREZ el apartamento ubicado en la Transversal 5 D No. 5 A – 35 manzana 18 apartamento 309 agrupación de vivienda Quintanares de los Cerezos, mediante la escritura pública No. 6307 del doce (12) de junio de mil novecientos noventa y ocho (1998), convivencia que se desarrolló en varias partes de la ciudad de Bogotá, tal y como lo testificó el deponente CAMILO RAMÍREZ SÁNCHEZ, primo del hoy fallecido ORLANDO ESPINOSA RAMÍREZ. Por lo tanto, si la relación que tenían los citados señores era la de pareja antes de que éste adquiriera junto con su hermana el referido inmueble, no existía ninguna razón para variar tal condición cuando empezaron a compartir tal apartamento; dicho en otros términos, no quedó demostrado en el expediente que la relación amorosa que existió entre HÉCTOR FERNANDO y ORLANDO haya cambiado a la de arrendador – arrendatario cuando éstos empezaron a compartir el apartamento en mención; además, ninguno de los deponentes de descargo dieron cuenta de los términos de la relación contractual, es decir, cómo se formalizó dicho contrato de arrendamiento,

cuánto cancelaba al momento en que empezó a residir en el inmueble, qué dinero cancelaba al señor ORLANDO para la época en que éste falleció, etc.

Ahora, ciertamente el testigo FREDY ALBERTO ARANZA TINJACÁ refirió haber sido la pareja del señor ORLANDO ESPINOSA RAMÍREZ desde el 15 de julio de 2006 hasta el 10 de septiembre de 2009, pero si ello fuere así, tal relación no tuvo el alcance para resquebrajar la relación de pareja que tuvo el hoy causante con el aquí demandante; además, a este testigo no puede brindársele credibilidad cuando expuso que ORLANDO vivía con sus padres desde el año de mil novecientos noventa y siete (1997), por cuanto no le puede constar si se tiene en cuenta que en su testimonio refirió haber conocido al señor ORLANDO desde el día quince (15) de julio de dos mil seis (2006); además, para aquella época, éste convivía con el aquí demandante y también cuando adquirieron el tan mencionado apartamento, cuya dirección reportó el causante en vida como su domicilio ante la empresa para la cual prestó sus servicios hasta el día veintinueve (29) de diciembre de dos mil ocho (2008), como ya quedó dicho; tampoco resulta creíble la afirmación que hizo el deponente cuando aseguró que la cesión de los derechos que hizo ORLANDO sobre el apartamento ubicado en Quintanares a favor del demandante, obedeció a los chantajes de los que fue objeto por parte del hoy demandante por ser homosexual y por la enfermedad que lo aquejaba, pues el hoy demandante no podía someter a su pareja a ningún tipo de coerción por ostentar una condición, que de ante mano, ya tenía pleno conocimiento la familia del causante, conforme lo afirmaron los testigos de cargo; además, si ello fue cierto, no se explica por qué razón el señor ESPINOSA RAMÍREZ no puso en conocimiento tal circunstancia (el chantaje) ante la autoridad correspondiente, mas aun cuando siete u ocho meses antes de su fallecimiento, se había radicado en casa de sus progenitores por el tratamiento médico que debía seguir.

Ahora, la parte pasiva fincó el recurso de apelación en tres aspectos básicamente, **el primero**, que consistió en que la Juez del conocimiento no hizo una adecuada valoración de los medios de prueba; **el segundo**, en que del interrogatorio absuelto por la parte demandante se desprende la mentira fincada por éste cuando afirmó haber participado en la red de apoyo que brindó la clínica en el proceso de la enfermedad que padecía el señor ORLANDO ESPINOSA RAMÍREZ, dado que de los documentos que aportó, se desprende que la pareja actual del mismo tenía 25 años de edad y el demandante contaba con 44 años al momento del deceso de ORLANDO; luego no podía estarse refiriendo al señor HÉCTOR FERNANDO; **el tercero**, que el demandante no presenta los síntomas de la enfermedad por la que falleció ORLANDO y que el único propósito del demandante es lucrarse de una pensión, cuando la voluntad de éste era que dicho beneficio económico le correspondiera a sus padres; **cuarto**, que al testimonio del señor FREDY ALBERTO ARANZA TINJACÁ debe dársele credibilidad pues de manera espontánea expuso que el traspaso que hizo el causante sobre los derechos que este tenía sobre el apartamento al hoy demandante, se debió a un chantaje por la enfermedad y tendencias sexuales, por cuanto la familia nunca se enteró de su homosexualidad y **quinto**, que el señor ORLANDO siempre dio como dirección la de la casa de sus padres.

En cuanto al primero de los aspectos de la censura, está condenado al fracaso, porque no resulta cierto que el fallador de primer grado no haya realizado una valoración adecuada a los medios de convicción incorporados al proceso, pues basta con leer el fallo para advertir que sí los analizó, solo que las reflexiones que hizo de los mismos, no se ajusta a los intereses de la parte pasiva; ahora, aduce el recurrente que no existe un solo documento que demuestre la convivencia de la pareja y que los testimonios de la parte pasiva no son sólidos para acreditar aquélla, argumento que tampoco está llamado a prosperar, si se tiene en cuenta que muy por el contrario de dicha afirmación, con los diferentes medios probatorios recaudados

por la parte actora, cuya ponderación realizó la Sala conforme se advierte de las consideraciones precedentes, no existe el menor asomo de duda de que entre el demandante y el hoy fallecido, sí existió una unión concubinaria por no menos de diecinueve años, hasta cuando tuvo lugar el deceso del señor ESPINOSA RAMÍREZ.

En cuanto al segundo aspecto del recurso, tampoco sale avante, pues leído el interrogatorio absuelto por la parte actora no advierte la Sala ninguna contradicción en su dicho; además, no podía la Juez confrontarlo de cara con los documentos que aduce el apoderado de la parte recurrente, por la potísima razón de que los mismos no fueron aportados como elemento de prueba en la oportunidad debida, como era, al dar respuesta a la demanda, sino al presentar los alegatos (anexo fl.368 C-1); es más, en ninguno de los argumentos de defensa expuestos por la parte demandada en el escrito mediante el cual dio respuesta al libelo, se hizo mención al hecho de que el hoy fallecido hubiese tenido una relación afectiva con el señor FREDY ARANZA, sencillamente se limitaron a negar la existencia de la convivencia entre el demandante y el hoy fallecido ORLANDO ESPINOSA RAMÍREZ, aducida en el escrito de demanda. Pero, aunque se aceptara el hecho de que entre éste y el citado deponente existió una relación afectiva por espacio de dos años y seis meses, conforme ya se dijo, la misma no tuvo el alcance de resquebrajar la relación de pareja que existió entre el demandante y aquél.

Tampoco prospera el tercero de los argumentos en los que enfiló la censura, pues el hecho de que el demandante no padezca la enfermedad que tenía el hoy fallecido ORLANDO ESPINOSA RAMÍREZ, (circunstancia que no quedó probada al interior del proceso) no desvirtúa la convivencia que se demostró, existió entre éste y el aquí demandante; ahora, si como lo arguye el recurrente, la pretensión que persigue el actor es que le sea reconocida la pensión, ello es una situación que debe dirimirla exclusivamente el Fondo de Pensiones respectivo.

El cuarto de los puntos en los que enfiló la alzada tampoco sale avante, pues como ya quedó dicho en párrafos anteriores, al testimonio del señor FREDY ALBERTO ARANZA TINJACÁ no se le puede dar credibilidad cuando afirmó que el traspaso que hizo el causante sobre los derechos que este tenía sobre el apartamento al hoy demandante, se debió a un chantaje por la enfermedad que padecía ORLANDO y sus tendencias sexuales, por cuanto la familia nunca se enteró de su homosexualidad, en la medida en que las inclinaciones sexuales del señor ORLANDO ESPINOSA RAMÍREZ fueron conocidas ampliamente por la familia de éste, pues tenían pleno conocimiento de la convivencia que tuvo éste con el aquí demandante, además de que varios sitios en los que fijaron su domicilio, pertenecían o habitaban familiares del hoy causante, conforme se advierte de lo dicho por el deponente CAMILO RAMÍREZ SÁNCHEZ.

En cuanto al último de los aspectos en los que afianzó la alzada, y que se rememora consistió en que el señor ORLANDO siempre dio como dirección la de la casa de sus padres, al igual que los demás fundamentos, está llamada a fracasar, pues basta con observar la comunicación proveniente de la Empresa LEGIS para concluir que hasta el día veintinueve (29) de diciembre de dos mil ocho (2008), el señor ORLANDO ESPINOSA RAMÍREZ reportó como sitio de su residencia, el apartamento 309 ubicado en la Transversal 5 D No. 5 A – 35 manzana 18.

Así las cosas, es evidente el fracaso del recurso de apelación interpuesto por la parte pasiva; no obstante, se impone la modificación del numeral segundo de la parte resolutive de la sentencia materia de alzada en la fecha de inicio de la sociedad patrimonial de los señores HÉCTOR FERNANDO ORTIZ MARROQUÍN y ORLANDO ESPINOSA RAMÍREZ, dado que aun cuando quedó probada la

convivencia de la referida pareja por un tiempo no inferior a diecinueve años, de acuerdo con la sentencia de la Honorable Corte Suprema de Justicia de fecha trece (13) de diciembre de dos mil once (2011), los efectos patrimoniales de la convivencia entre las parejas del mismo sexo, solo pueden ser reconocidos a partir del día siguiente a la fecha de la sentencia de constitucionalidad mencionada al inicio de las consideraciones de esta sentencia (C-075 de 2007), pues dicho fallo, en su parte pertinente dice: **“Resumiendo, como la sentencia C-075 de 2007 ni en la parte resolutive como tampoco en su ratio decidendi contempló los efectos extunc o retroactivos, la comunidad de vida con ánimo de permanencia que se dio entre Jorge Eduardo Gómez Alzate y Julio Alfredo Giraldo Ruiz, no está cobijada por la referida sentencia, la cual rige hacia el futuro.**

“En ese orden de ideas, el Tribunal de Segunda instancia, con la providencia que aquí se impugna, excedió el marco de sus facultades, pues le dio al referido fallo de inexequibilidad, unas consecuencias no previstas por la propia Corte Constitucional, único órgano encargado, como se vio, de determinar el alcance de esa clase de providencias.

“Con su actuar, además, el ad-quem desconoció el texto original de la Ley 54 de 1990, con las modificaciones de la 975 de 2005, el cual no previó la unión marital de hecho y sus consecuencias patrimoniales a parejas del mismo sexo, posibilidad que sólo vino a darse a partir del ocho (8) de febrero de 2007, esto es, al día siguiente de su adopción”

Así las cosas, se modificará la fecha de inicio de la sociedad patrimonial entre los señores HÉCTOR FERNANDO ORTIZ MARROQUÍN y ORLANDO ESPINOSA RAMÍREZ, y como tal se tendrá el ocho (8) de febrero de dos mil siete (2007); en todo lo demás, se confirmará la sentencia y se condenará en costas a la parte recurrente, ante el fracaso del recurso”.(...)

FUENTE NORMATIVA	: ARTÍCULOS 1°, 2° y de la Ley 54 de 1990. : ARTÍCULO 1° de la Ley 979 de 2005 : ARTÍCULOS 306 y 360 del C.P.C. : Sentencia C-075 de 7 de febrero de 2007 Corte Constitucional
FECHA	: 2012-07-30
PROCESO	: ORDINARIO UNIÓN MARITAL DE HECHO (APELACIÓN SENTENCIA)
PONENTE	: Dra. GLORIA ISABEL ESPINEL FAJARDO
DEMANDANTE	: HÉCTOR FERNANDO ORTIZ MARROQUÍN
DEMANDADO	: HEREDEROS INDETERMINADOS DE ORLANDO ESPINOSA RAMÍREZ
RADICACIÓN	: 2010 00021 01
DECISIÓN	: MODIFICA LA SENTENCIA

1.3

Sala laboral

Problema jurídico por resolver. Consiste en definir si el pago denominado “estímulo al ahorro” es o no factor salarial, y si lo es, establecer si hay lugar a la reliquidación de las prestaciones legales y extralegales, así como, a la pensión de jubilación reconocida a la demandante.

“LAS PARTES NO PUEDEN EXCLUIR DE LA BASE DE LIQUIDACIÓN DE LOS DERECHOS LABORALES -CUYA CUANTÍA SE TASA POR MANDATO LEGAL CON REFERENCIA AL SALARIO DEVENGADO-, LOS PAGOS QUE RECIBE HABITUALMENTE EL TRABAJADOR COMO RETRIBUCIÓN DIRECTA DEL

SERVICIO Y QUE CONSTITUYEN UN INGRESO PERSONAL EN SU PATRIMONIO. SOBRE ESTE ASUNTO SE PRONUNCIÓ LA CORTE CONSTITUCIONAL EN LA SENTENCIA C-710 DE 1996 MEDIANTE LA CUAL DECLARÓ EXEQUIBLE EL ARTÍCULO 15 DE LA LEY 50 DE 1990; EN DICHA PROVIDENCIA SE DEFINIÓ UNA *INTERPRETACIÓN AUTÉNTICA*³⁶ -Y POR ELLO VINCULANTE PARA TODOS LOS OPERADORES JUDICIALES- DEL ARTÍCULO 128 DEL CST. ASÍ LAS COSAS, LA CONCORDANCIA SISTEMÁTICA DEL ARTÍCULO 128 DEL CST CON EL ARTÍCULO 53 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA, PERMITE CONCLUIR QUE LA VALIDEZ DE LOS *PACTOS DE EXCLUSIÓN SALARIAL* SE LIMITA A SITUACIONES EN LAS QUE EXISTA UNA *DUDA RAZONABLE* SOBRE LA NATURALEZA SALARIAL DE UN DETERMINADO PAGO EFECTUADO AL TRABAJADOR. EN MATERIAS LABORALES –DE TODOS ES CONOCIDO- LA TRANSACCIÓN SOLO ES VÁLIDA CUANDO VERSA SOBRE DERECHOS DE EXISTENCIA INCIERTA Y POR ELLO DISCUTIBLE. SIN EMBARGO LA CARGA DE PROBAR LA NATURALEZA SALARIAL DEL PAGO EFECTUADO DURANTE LA RELACIÓN DE TRABAJO LA TIENE QUIEN ASÍ LO ALEGA, PARA CASO PRESENTE LA PARTE DEMANDANTE.”

“Pues bien, una vez revisado el expediente, el tribunal concluye de las pruebas aportadas por las partes, que las sumas pagadas por ECOPETROL a la demandante por “*estímulo al ahorro*” no tenían de forma cierta –es decir sin duda alguna- naturaleza salarial, razón por la cual resultaba válido y vinculante el pacto de exclusión salarial mediante el cual definieron el asunto por mutuo acuerdo.”.(...)

a) Antecedentes:

Procede la Sala a resolver recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia que dictó el juez octavo (8) laboral del circuito de Bogotá el día 8 de marzo de 2013, mediante la cual se absolvió a la demandada de todas las pretensiones incoadas en su contra, referidas ellas a la inclusión del pago denominado “*estimulo al ahorro*” como factor salarial para liquidar las prestaciones sociales causadas a la terminación del contrato de trabajo y la pensión de jubilación convencional. La parte resolutive tiene el siguiente tenor literal: “*RESUELVE: PRIMERO: ABSOLVER a ECOPETROL representada legalmente por el Dr JAVIER PEMBERTY o por quien haga sus veces, de la pretensiones incoadas por la señora CONSUELO MARGARITA ALDANA GUTIERREZ de conformidad con lo expuesta en la parte motiva de esta providencia. SEGUNDO CONDENAR en costas a la parte demandante, se fija como agencias en derecho la suma \$589.500. TERCERO en caso no ser apelada la presente decisión de consulta ante honorable Tribunal Superior de Bogotá la presente sentencia de conformidad con el artículo 69 del CPT.*” (CD 2, Min. 46:20).

b) El recurso

En lo que interesa a la alzada por consonancia con el recurso que interpuso la parte demandante, la juez consideró válida la exclusión salarial del “*estimulo al ahorro*” toda vez que ECOPETROL sometió a consideración de la trabajadora una

³⁶ Esta forma de entender el artículo 128 del CST resulta de forzosa aplicación para el juez laboral, pues en la sentencia citada la Corte Constitucional así lo definió con efectos de Cosa Juzgada Constitucional. Memórese al respecto que esa misma Corporación, en la sentencia C-820 de 2006, declaró la exequibilidad parcial del artículo 25 de la ley 153 de 1883 -relativo a la interpretación auténtica de la Ley-, en el “*sentido de entender que la interpretación constitucional que de la Ley oscura hace la Corte Constitucional, tiene carácter obligatorio y general*”.

cláusula adicional a su contrato de trabajo en la cual se pactó lo pertinente. En su criterio, dicha cláusula fue aceptada por la demandante sin presentar objeción sobre validez, lo que le concede validez, pues no se probó que hubiera existido vicios en el consentimiento, ni que existiera desigualdad entre los trabajadores de la empresa por aplicar la “política de compensación entre trabajadores antiguos y nuevos”.

En el recurso, la parte demandante pide que se revoque la decisión anterior y se concedan todas las pretensiones de la demanda. Aduce, en síntesis, que si bien es cierto se pactó la exclusión salarial del “*estímulo al ahorro*”, también lo es que para tal acuerdo no hubo un escenario de negociación previo en el cual se pudieran discutir condiciones, pues se trató de una comunicación del empleador al trabajador en la cual se indicaban unas cuantías y periodicidades de pago (CD Min. 49:05)37.

c) Consideraciones:

HECHOS CIERTOS. No fueron objeto de controversia en el recurso y son relevantes a la controversia los siguientes hechos: a) que entre las partes se ejecutó un contrato de trabajo a término indefinido desde por un término de 20 años, razón por la cual la empleadora reconoció a la accionante pensión de jubilación convencional a partir del 26 de enero de 2009, lo que además se acredita con la documental de folio 182, y b) que el día 11 de diciembre de 2008 las partes acordaron en una cláusula adicional al contrato de trabajo, la exclusión salarial del “*estímulo al ahorro*” de la base de liquidación de las prestaciones sociales que se reclaman en este proceso.

2. FACTOR SALARIAL. La controversia en segunda instancia se centra entonces en definir si la suma pagada por ECOPETROL desde el 8 de diciembre de 2008, bajo la denominación “*estímulo al ahorro*”, se debe incluir en la liquidación de prestaciones sociales o no.

Al expediente se adjuntó el acuerdo que excluyó el carácter salarial a la suma reclamada con el siguiente tenor literal: “*las partes expresamente convienen que conforme a lo dispuesto en el artículo 128 del CST, subrogado por el artículo 15 de la Ley 50 de 1990, el monto del estímulo al ahorro que pueda llegar a reconocer esta Sociedad, considerando que tiene connotación de ser variable y condicionado en función de la política de compensación vigente, el cargo desempeñado y la estructura salarial del ECOPETROL S.A., no constituye salario y, en consecuencia, no se tomará en cuenta para la liquidación de las acreencias laborales legales o extralegales que le correspondan al trabajador*” (folio 180).

Para resolver si el acuerdo antedicho es válido o no, el artículo 128 del C.S.T. modificado por el artículo 15 de la Ley 50 de 1990, dispone que no constituyen salario las sumas que ocasionalmente y por mera liberalidad reciba el trabajador del empleador, ni lo que reciba en dinero o en especie no para su beneficio ni para enriquecer su patrimonio sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, ni lo que reciba por prestaciones sociales, ni lo que reciba por concepto de “*beneficios o auxilios habituales u ocasionales acordados convencional o contractualmente u otorgados en forma extralegal, cuando las partes hayan dispuesto expresamente que no constituyen salario en dinero o en especie, tales como la alimentación, habitación o vestuario, las primas extralegales, de vacaciones, de servicios o de navidad*”.

... el precedente del recurso de apelación el cual ampliare en al oportunidad procesal pertinente.”

Sobre los pagos a los que hace referencia la parte final de ésta norma, la Corte Constitucional, al definir exequible el artículo 15 de la Ley 50 de 1990, en la sentencia C-710 de 1996, dijo lo siguiente: “La definición de lo que es *factor salarial*, corresponde a la forma como se desarrolla el vínculo laboral, y no a la existencia de un texto legal o convencional que lo consagre o excluya como tal, pues todo aquello que recibe el trabajador como contraprestación directa de su servicio, sin importar su denominación, es salario. En esta materia, la realidad prima sobre las formalidades pactadas por los sujetos que intervienen en la relación laboral. Por tanto, si determinado pago no es considerado salario, a pesar de que por sus características es retribución directa del servicio prestado, el juez laboral, una vez analizadas las circunstancias propias del caso, hará la declaración correspondiente. El artículo se limita a establecer que no constituyen salario las sumas que ocasionalmente, y por mera liberalidad recibe el trabajador, y a señalar algunos ejemplos de esos conceptos. Definición que no desconoce norma alguna de la Constitución, ni impide que se pueda reclamar ante el juez competente, el reconocimiento salarial de una suma o prestación excluida como tal, cuando, por sus características, ella tiene por objeto retribuir el servicio prestado. En caso de que los regímenes salariales desconozcan la norma, y, por ende, se cree una desigualdad, lo lógico es demandar esos regímenes y, no el artículo que se acaba de analizar, pues él se limita enunciativamente a determinar que sumas no son salario. Sin que ello implique que, en casos concretos, el juez, una vez analizadas las circunstancias que rodean el caso puesto a su consideración, concluya que determinadas sumas de dinero que recibe el trabajador, a pesar de estar excluidas como factor salarial lo son, en razón al carácter retributivo de la labor prestada”.

Sobre el mismo asunto la Sala Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de fecha 27 de septiembre de 2004, Radicación 22.069 y ponencia de la Magistrada Elsy del Pilar Cuello Calderón, afirmó que los pagos que tienen todas las características del salario, no pueden excluirse como parte del “salario retributivo del servicio” porque “esa naturaleza salarial proviene del artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo, y no se le puede desconocer por lo dispuesto en el 128, puesto que él no permite restar el carácter salarial de cualquier pago al que se refieran los acuerdos celebrados por los contratantes”³⁸

Así las cosas, la exclusión de pagos que retribuyan directamente el servicio prestado por el trabajador y constituyan un ingreso habitual a su patrimonio, de la

³⁸ “Para examinar este cargo se destacan las conclusiones del tribunal, no censuradas en casación, atinentes a que el demandante percibió en los primeros años de su vinculación laboral unos pagos denominados “comisiones”, y que luego los recibió bajo el concepto de “premios”.

(...)

Luego, si como lo halló demostrado el propio juzgador, el pago realizado al accionante tenía todas las características del salario y correspondía realmente al concepto de comisiones, independientemente de la denominación que se le diera, no podía excluirse como parte del salario retributivo del servicio, porque, tal cual lo señala el recurrente, esa naturaleza salarial proviene del artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo, y no se le puede desconocer por lo dispuesto en el 128, puesto que él no permite restar el carácter salarial de cualquier pago al que se refieran los acuerdos celebrados por los contratantes, sino que procede solo frente a algunos auxilios o beneficios. Pero en modo alguno puede aceptarse que esa última normatividad incluya todos los conceptos o rubros, como las comisiones, que por su origen, quedan por fuera de la posibilidad que ofrece el mencionado artículo 128, de negar la incidencia salarial de determinados pagos en la liquidación de prestaciones sociales o de otras acreencias laborales.

De allí que no podía, sin transgredirse la ley, darle validez al pacto o escrito por medio del cual se desfiguraba la naturaleza salarial de las comisiones, porque el artículo 43 del Código Sustantivo del Trabajo prevé la ineficacia de las estipulaciones o condiciones que sean contrarias a la ley” (CSJ, Cas. Laboral., Sent. sep. 27/2004. Rad 22.069, M.P. Elsy del Pilar Cuello Calderón).

base de liquidación de los derechos laborales -cuya cuantía se tasa tomando como referencia al salario- resulta contraria a los artículos 13 del CST y 53 de la Constitución Nacional. La sentencia de constitucionalidad antes citada dio una *interpretación auténtica* y por ello vinculante para los operadores judiciales del artículo 128 del CST, por lo cual en concordancia sistemática de dicha norma con el artículo 53 de la Constitución política, solamente cuando exista *una duda razonable* sobre la naturaleza salarial de un determinado pago recibido por trabajador, podrá tener validez el pacto que defina la situación. En materias laborales la transacción solo es válida cuando versa sobre derechos de existencia incierta y por ello discutible.

Con los anteriores soportes normativos y jurisprudenciales el problema jurídico a resolver es esencialmente probatorio, y consiste en verificar si al proceso se aportó evidencia de la cual se pueda concluir sin duda alguna que los emolumentos excluidos del carácter salarial para efectos de las prestaciones sociales por las partes en este proceso, tienen las características que la ley define para el salario.

Pues bien, una vez revisado el expediente, el tribunal concluye de las pruebas aportadas por las partes, que las sumas pagadas por ECOPETROL a la demandante por “*estímulo al ahorro*” no tenían de forma cierta –es decir sin duda alguna- naturaleza salarial, razón por la cual resultaba válido y vinculante el pacto de exclusión salarial mediante el cual definieron el asunto por mutuo acuerdo.

En efecto, lo primero que advierte el tribunal frente al “*estímulo al ahorro*” es que con él no estaba retribuyendo en forma directa el servicio que prestaba la demandante a la empresa ECOPETROL: Según lo acordado por las partes (folios 180 y 181) éste era un pago ADICIONAL a los que venía recibiendo de la demandada por salarios y prestaciones sociales, cuya finalidad, según se pactó expresamente, fue la compensación de los ingresos globales que recibían los trabajadores de ECOPETROL (ingresos globales que se componen no solo de salarios, sino también de prestaciones sociales bonificaciones y otros emolumentos), y se creó para evitar la salida de servidores entrenados y con experiencia hacia otras empresas del sector petrolero que son su competencia (folio 208).

Hace notar la Sala sobre este aspecto de la controversia, que los pagos que recibió la demandante bajo el rubro “*estímulo al ahorro*” se materializaron en el ocaso de la relación laboral, y que su origen no fue un incremento en las actividades que ella cumplía, ni la reasignación de las funciones que venía desempeñando (situaciones de las cuales se podría derivar una relación directa de causalidad entre el servicio prestado y la retribución con la consecuente naturaleza salarial). Ni siquiera se entregaban directamente a la demandante para que dispusiera de tales dineros con libertad -como ocurre con el salario- pues de acuerdo a la evidencia aportada (folios 111 y 113), los pagos se materializaban en una cuenta que de ahorros pensionales de la cual era titular la demandante en una AFP (sociedad Administradora de Fondos de Pensiones), cuenta que por mandato de los artículos 48 y 49 de la Ley 1328 de 2009 y del artículo 28 de la Ley 100 de 1993, tiene como destino la financiación de pensiones de los afiliados al Sistema.

Así las cosas, si bien a partir del año 2008 la demandante vio incrementados los ingresos globales que recibía de su empleador por el pago de un “*estímulo al ahorro*”, tales incrementos no tenían naturaleza salarial –o, lo que para el efecto es

igual- tenían una naturaleza salarial ciertamente dudosa de lo cual se deriva la validez del pacto mediante el cual se acordó su exclusión de la liquidación de prestaciones sociales, entre ellas, de la base de liquidación de la pensión de jubilación convencional de la trabajadora.

Se confirma en lo pertinente la sentencia apelada.

IGUALDAD: Sobre la vulneración del derecho a la igualdad de la demandante frente a otros trabajadores de ECOPETROL a quienes se retribuía salarialmente con un monto superior al que recibió a partir del año 2008, bastará con decir que la política de compensaciones en dicha empresa se tradujo en similares ingresos globales de los trabajadores, aunque algunos de ellos –como la demandante- recibieran salarios inferiores.

Sobre este punto, se agrega a lo ya dicho, el razonamiento expuesto por esta Sala de decisión en la sentencia dictada el día 11 de septiembre de 2012 expediente 035 2012 00436 01 de ANGELO MORENO SANABRIA contra ECOPETROL en los siguientes términos: *“Si bien ECOPETROL dio un trato diferente a las cuatro clases de trabajadores en los que agrupó a su fuerza laboral, lo hizo con base en unos criterios objetivos, esto es, el régimen de cesantías aplicable a su situación laboral y la expectativa pensional en relación con la carga de la empresa, por manera que no puede concluirse que el trato diferente al demandante, en tanto integrante del grupo cuatro, fuera inequitativo como lo califica el apoderado del demandante; sino que, por el contrario, buscó mantener la igualdad de ingresos económicos, pese a hacerlo a través de diferentes figuras, pues la adopción de cada una de ellas, tenía una razón de ser: para el caso del “estímulo al ahorro” se adoptó en consideración a que “no tendría sustento legal ni fiscal alguno que un trabajador que en promedio lleva laborando 20 años de servicios, dos años antes de jubilarse se le incrementara de manera desmesurada el IBL, pues esto, además de impactar financieramente a la Empresa, podría ser objeto de cuestionamientos por parte de los organismos de control”.*

En similar sentido se pronunció la Corte Constitucional en la sentencia T-969 de 2010 al considerar que, para esa Corporación, *“no resulta discriminatoria –prima facie- la aplicación de regímenes salariales diferentes para trabajadores de ECOPETROL. En efecto, [dice la Corte] a primera vista, resulta legítimo un trato diferente entre trabajadores nuevos y próximos a pensionarse con el fin de hacer más atractiva la empresa al mercado laboral, máxime si se tiene en cuenta que se utilizó el “estímulo al ahorro” como un mecanismo para establecer determinada equidad entre unos y otros.*

Se confirmará entonces también por este aspecto la sentencia apelada.

Agotada como está la competencia del tribunal, solo resta por decir que por el resultado del recurso las costas de segunda instancia corren a cargo de la parte demandante” (...).

FUENTE NORMATIVA : ARTÍCULOS 66ª, 69, C.P.T.

: ARTÍCULOS 13, 43, 53, 127, 128 del C.S.T. Mod. 15 de la ley 50 de 1990

: ACTO LEGISLATIVO 1 DE 2005

: ARTÍCULOS 48 y 49 de la Ley 1328 DE 2009

: ARTÍCULO 28 de la Ley 100 de 1993

	: Sentencia C-710 de 1996 C.C.
	: C.S.J., Cas. Laboral., Sent. Sep. 27/2004. Rad. 22069, M.P. Elsy
	: del Pilar Cuello Calderón.
FECHA	: 2013-04-16
PROCESO	: ORDINARIO (APELACIÓN SENTENCIA)
PONENTE	: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
DEMANDANTE	: CONSUELO MARGARITA ALDANA CORTES
DEMANDADO	: ECOPETROL S. A.
RADICACIÓN	: 08 2012 00018 01
DECISIÓN	: CONFIRMA LA SENTENCIA

1.3.1

Problema jurídico por resolver. La Sala se centra en definir en primer lugar, si de acuerdo con las reglas del ordenamiento jurídico, resulta válido u oponible a un afiliado del RAIS el negocio de un Bono pensional Tipo A en el mercado secundario de valores por un valor inferior a su valor nominal; y en segundo lugar, si procede o no el ajuste anual de una pensión otorgada en el RAIS en la modalidad de retiro programado.

“EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO ASIGNA UN DERECHO *CIERTO E INDISCUTIBLE* A LA REDENCIÓN DEL BONO PENSIONAL POR SU VALOR NOMINAL, CUANDO OCURRE ALGUNA DE LAS TRES HIPÓTESIS QUE CONTEMPLA EL ARTÍCULO 11 DEL DECRETO 1299 DE 1996³⁹ PARA QUE ESTE SE CAUSE, A SABER: i) CUANDO EL AFILIADO CUMPLA LA EDAD QUE SE TOMÓ COMO BASE PARA EL CÁLCULO DEL BONO PENSIONAL, ii) CUANDO SE CAUSA UNA PENSIÓN DE INVALIDEZ O DE SOBREVIVENCIA, Y iii) CUANDO HAY LUGAR A LA DEVOLUCIÓN DE SALDOS DE CONFORMIDAD CON LA LEY 100 DE 1993. SEGÚN LAS NORMAS QUE EN ESTA AUDIENCIA SE HAN CITADO PROFUSAMENTE, EL PRECIO DEL BONO PENSIONAL QUE DEBA NEGOCIARSE ANTES DE LA FECHA DE REDENCIÓN, PARA FINANCIAR UNA PENSIÓN ANTICIPADA, SERÁ EL QUE DEFINA EL MERCADO DE VALORES, PRECIO SOBRE EL CUAL –SE REPITE– BIEN PUEDE EL TITULAR DEL BONO NEGAR LA NEGOCIACIÓN, O ACEPTARLA –COMO OCURRIÓ EN EL PRESENTE ASUNTO– CASO EN EL CUAL ASUME LAS CONSECUENCIAS QUE TAL ACEPTACIÓN ACARREA SOBRE EL MONTO FINAL DE SU MESADA PENSIONAL”

“SIN EMBARGO, LAS AFPS A LAS CUALES LOS AFILIADOS ENTREGAN SU CAPITAL PARA ADMINISTRACIÓN, TIENEN LA OBLIGACIÓN INLEUDIBLE DE CONTROLAR PERMANENTEMENTE QUE EL SALDO DE LA CUENTA DE AHORRO INDIVIDUAL, MIENTRAS EL AFILIADO DISFRUTA DE UNA PENSIÓN PAGADA BAJO LA MODALIDAD DE RETIRO PROGRAMADO, NO SEA INFERIOR A LA SUMA NECESARIA PARA ADQUIRIR UNA PÓLIZA DE RENTA VITALICIA, COMO SE LO RECUERDA EL CONCEPTO 2009 015390-001 EMITIDO POR LA SUPERINTENDENCIA FINANCIERA EL 1º DE ABRIL DE 2009. LA PENSIÓN DE VEJEZ EN LA MODALIDAD ESCOGIDA POR EL DEMANDANTE, UNA VEZ DEFINIDA EN SU VALOR AL TASAR LA PRIMERA DE LAS MESADAS, NO PODÍA SER REDUCIDA, NI CONGELADA (...)”.

a) Antecedentes:

39 ARTICULO 11. REDENCIÓN DEL BONO PENSIONAL. El bono pensional se redimirá cuando ocurra alguna de las siguientes circunstancias:

- 1.- Cuando el afiliado cumpla la edad que se tomó como base para el cálculo del respectivo bono pensional.
- 2.- Cuando se cause la pensión de invalidez de sobrevivencia.
- 3.- cuando haya lugar a la devolución de saldos de conformidad con la Ley 100 de 1993.

VISTO el expediente, procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante, contra de la sentencia que dictó el 28 de febrero de 2013 la juez veintitrés (23) laboral adjunta del circuito de Bogotá, mediante la cual se absolvió a parte demandada de todas las pretensiones incoadas en su contra. La sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“RESUELVE: PRIMERO ABSOLVER a la parte demanda Porvenir S.A. de todas y cada una de la pretensiones incoadas en su contra por el demandante HERNANDO CALDERON VIALAMIZAR, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia SEGUNDO condenar en costas a la parte demandante tásense TERCERO CONSULTAR ante el honorable Tribunal de Bogotá la presente providencia si no fuere apelada.”* (Audio 4 min 13:51).

b) El recurso

En lo que interesa a esta instancia por consonancia con el recurso interpuesto, la Juez negó el ajuste de precio a un bono pensional tipo A con valor *nominal* de \$146.715.000, que fue negociado en el mercado secundario de valores por la suma de \$105.793.252 para financiar la pensión de vejez del actor dentro del RAIS en la modalidad de retiro programado, con fundamento en que el negocio se efectuó conforme a los lineamientos que define el decreto 3798 de 2003. Negó el ajuste anual de la pensión del demandante por los años 2007 a 2010 –solicitado como pretensión subsidiaria- con fundamento en que en dicho periodo se efectuaron los ajustes correspondiente (Audio 4 min. 9:49).

La parte demandante pide que se revoque la sentencia de primera instancia y se concedan las pretensiones de su demanda. Reitera los argumentos de este libelo, según los cuales, el valor nominal del bono pensional con el cual se financia la pensión en el RAIS es un derecho adquirido que no puede ser renunciado por el afiliado, por ello en su criterio, ni siquiera con la aceptación del afiliado tiene eficacia el negocio del Bono cuando se efectúa por un monto inferior al *valor nominal*. Frente a la pretensión subsidiaria, pide que se aplique jurisprudencia de la Corte Constitucional que ha definido el ajuste anual de todas las pensiones, incluso aquellas que se otorgan en el RAIS en la modalidad de *retiro programado*, y afirma que los incrementos anuales de la pensión no se efectuaron durante los años 2007 a 2010 inclusive (Audio 5 min. 00:35)40.

40 “Teniendo en cuenta el fallo acabado de proferir por este despacho, esta defensa en representación del señor Hernando Calderón procede a presentar el respectivo recurso de apelación contra la misma para lo cual esboza y presenta los siguientes argumentos, con respecto a la negociación que se lleva a cabo del bono pensional si bien es cierto y legalmente esta establecido que en ese caso el pensionado tiende a correr el riesgo de la pérdida del valor adquisitivo del bono por la negociación en el mercado, lo mismo queda claro con las consideración hechas por parte del despacho, ahora en lo referente a los incrementos anuales que deben sufrir la pensión se evidencia que los mismos en ningún momento han sido efectuados por parte de la demandada Porvenir aparece dentro del expediente de acuerdo a certificado que obra en el expediente respecto de las mesadas devengadas por el demandante se observa que tal como se consignó en la sentencia en los años que se alegan esto es desde el año 2007, 2008, 2009 inclusive el 2010, aparecen unos valores que no han tenido ningún incremento realizado por parte de la demandada Porvenir y que los mismos durante la lectura del fallo y de las consideraciones que ha bien tuvo expresar su señoría no se hizo énfasis en este punto por cuanto a nuestro criterio los mismos no parecen reflejados en dicho documento por cuanto los valores no se observa ninguna variación ni ningún aumento, en cuanto valores y los incrementos que debían realizarse anualmente conforme al IPC certificado por el DANE tal cual como lo indica la ley, de igual forma su señoría para efectos de estos tramites existen pronunciamientos de la honorable Corte Constitucional por intermedio de un gran numero de tutelas en los cuales establece digamos la obligación de que los fondos privados como en este caso de la demanda, que deben efectuar los incrementos a la pensiones, que las mismas por ser un derecho adquirido no pueden con el paso de tiempo perder el poder adquisitivo o quedar congeladas, entonces en este orden de ideas podemos agregar que las pensiones deben ser ajustadas conforme a lo que prevé la ley concretamente en términos reales las mismas no pueden ser disminuidas, ni congeladas por cuanto se establece que son derechos adquiridos y se tienen que deben existir una protección especial para las personas de la tercera edad y no se pueden menoscabar su derecho a que sus pensiones

c) Consideraciones:

1. VALOR DEL BONO PENSIONAL: Para resolver lo primero la Corte constitucional, en la sentencia C-086 de 2002, al definir la exequibilidad de algunas normas de la ley 100 de 1993 advirtió que en Colombia, *“para el amparo contra las contingencias derivadas de la vejez, la invalidez y la muerte, mediante el reconocimiento de las pensiones y prestaciones que se determinan en la Ley 100 de 1993, así como [para] propender por la ampliación progresiva de cobertura a los sectores de la población no amparados con un sistema de pensiones (..) se establecieron dos regímenes solidarios excluyentes pero que coexisten, el régimen solidario de prima media con prestación definida y el régimen de ahorro individual con solidaridad. El primero, [es definido por la Corte como] aquel mediante el cual los afiliados o sus beneficiarios obtienen una pensión de vejez, de invalidez o de sobrevivientes, o una indemnización, previamente definida, independientemente del monto de las cotizaciones acumuladas, siempre que se cumpla con los requisitos legales.[Y] El segundo, [como aquel] basado en el ahorro proveniente de las cotizaciones y sus respectivos rendimientos financieros”*⁴¹.

En la misma sentencia, la Corte definió que dentro de la facultad que tenía el legislador para configurar el sistema de seguridad social, no se desconoció la Constitución Política al establecer, en la ley 100 de 1993, diferencias entre uno y otro régimen, pues tal diferencia se apoya *“en el principio de la libre elección que permite a los afiliados escoger el subsistema que más se ajuste a sus necesidades, de tal suerte que el futuro pensionado se somete por su propia voluntad a un conjunto de reglas diferentes para uno y otro régimen, y simplemente se hará acreedor a los beneficios y consecuencias que reporte su opción”*

Así las cosas, para definir la controversia basta con consultar las reglas del RAIS, y verificar que la conducta seguida por la AFP demandada para reconocer la pensión del actor en la modalidad por él escogida –retiro programado- haya seguido los lineamientos que la ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios definen.

Al efecto, el artículo 64 de la ley 100 de 1993 permite al afiliado disponer el pago anticipado de la pensión de vejez (es decir, antes de la edad reglamentaria en 60 años la mujer y 62 años el hombre), cuando el capital acumulado en su cuenta de ahorro permite pagar una pensión de por lo menos un 110% del salario mínimo mensual vigente. El artículo 68 dispone a su vez, que ese capital está constituido por los aportes realizados en la cuenta de ahorro individual, por los rendimientos

sufran un detrimento, de igual forma la jurisprudencia constitucional como lo exprese anteriormente ha establecido que la mesada pensional es un mecanismo que garantiza el derecho mínimo vital de las personas de la tercera edad, porque esta prestación periódica en el área permite a los pensionados acceder a un conjunto de prestaciones constitutiva de este derecho, en esta medida se han establecido presunciones tales como que la reducción de la mesada pensional vulnera el derecho mínimo vital y de hecho el valor de la mesada se menoscaba con la negociación leonina del bono, que como en este caso como a bien se tuvo expresar en la demanda esto ocurrió así, a parte de que sería una violación flagrante el artículo 48 constitucional que contiene una clara previsión al respecto cuando establece que la ley definirá los medios para que los recursos destinados a pensiones mantengan su poder adquisitivo constante situación que de acuerdo con la decisión preferida y al perjuicio que ha proferido mi mandante a lo largo del tiempo que lleva pensionado dado que la negociación del bono se hizo de forma inequitativa y sumado a esto no se han hecho los incrementos anuales conforme lo establece la ley, entonces en orden de ideas su señoría respetuosamente solicito se sirva conceder el recurso de apelación y en su lugar una vez sea remitido al tribunal se pueda establecer que se acceda a las suplicas de la demanda entonces en estos términos su señoría doy por sentado el recurso de apelación.”

41 Sentencia C-086 de 2002. MP. CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ.

financieros de dichos aportes, y por el valor de los bonos pensionales, lo que repite el artículo 81, que regula la modalidad de pensión de vejez por retiro programado, al disponer que ella se obtiene “*con cargo a la cuenta individual de ahorro pensional y al bono pensional a que hubiere lugar*”.

En este orden de ideas, y acorde con lo definido en el artículo 117 del estatuto bajo estudio, los BONOS PENSIONALES constituyen títulos valores representativos de los *aportes* efectuados por el afiliado hasta el momento de su emisión, y su valor nominal se tasa definiendo una pensión de referencia (la que correspondería en su valor a los aportes efectuados por el afiliado hasta el momento de emisión en la fecha que define la Ley para acceder a una pensión de vejez: 62 años si el afiliado es hombre o 60 años si el afiliado es una mujer) EN EL VALOR de los aportes que hubiera tenido que acumular en una cuenta de ahorro individual, hasta la fecha de emisión, para completar el capital que financiará la pensión cuando ella se cause.

En consecuencia: i) el valor nominal del Bono pensional se calcula con base en las edades en las cuales se causa habitualmente la pensión legal de vejez en el ordenamiento jurídico colombiano; y ii) los afiliados que tengan derecho a recibir bonos pensionales solo los pueden hacer efectivos a dichas edades como lo dispone clara y perentoriamente el artículo 67 de la Ley 100 de 1993 -salvo la excepción que a continuación pasa a estudiarse-.

En efecto, para dar viabilidad a la modalidad pensional que regula el artículo 81 de la ley 100 de 1993 en la cual al afiliado anticipa la edad a la cual empezará a devengar su pensión en el RAIS, el legislador reguló, en el artículo 12 del decreto 1299 de 1994, la negociación de los Bonos pensionales dentro del mercado secundario de valores así: “*Los bonos pensionales solo serán negociables por las entidades administradoras o aseguradoras, por cuenta del afiliado en favor de quien se haya expedido, cuando éste se pensione antes de la fecha de redención del bono y para completar el capital necesario para optar por una de las modalidades de pensión. Para tal efecto se requerirá la autorización expresa y por escrito del afiliado*”.

Con esta disposición normativa, el legislador PERMITIÓ que el *valor* del Bono pensional destinado a financiar pensiones anticipadas dentro del RAIS –que es el valor con el cual se imputará al capital necesario para financiar dicha pensión- se tase con las reglas de la oferta y la demanda que rigen al mercado secundario de valores, siempre y cuando exista una autorización expresa y por escrito del afiliado⁴², quien, si considera que el valor de negociación en tal mercado es muy bajo, bien puede optar por no autorizar el negocio y esperar a la fecha de redención del título por su valor nominal en la fecha en que llegue a la edad reglamentaria para causar la pensión de vejez .

Pues bien, una vez revisado el expediente se advierte que el actor presentó solicitud de pensión en la modalidad de retiro programado ante la demandada el día 30 de septiembre de 2003 como lo afirma en su demanda, y que de su puño y letra expidió la autorización que obra en folio 81 del expediente, escrita el día 7 de septiembre de 2004, en la cual afirma textualmente: “*Señores PROVENIR S.A.: Respetados señores. De acuerdo con su propuesta, atentamente les estoy*

42 ARTICULO 12. NEGOCIABILIDAD DEL BONO PENSIONAL. Los bonos pensionales solo serán negociables por las entidades administradoras o aseguradoras en el mercado secundario, por cuenta del afiliado en favor de quien se haya expedido, cuando éste se pensione antes de la fecha de redención del bono y para completar el capital necesario para optar por una de las modalidades de pensión. Para tal efecto se requerirá la autorización expresa y por escrito del afiliado.

autorizando para negociar el bono pensional con Promotora Bursátil de Colombia S.A., por valor de \$105.793.252”.

Así las cosas, lo que demuestra el expediente es que la AFP PORVENIR, demandada en este proceso, siguió al pie de la letra los lineamientos que las reglas del Sistema de pensiones contemplan para causar una pensión en la modalidad escogida por el actor, razón por la cual se le debe absolver de las condenas pretendidas en la demanda. El tribunal confirmará entonces la sentencia apelada en este punto, precisando frente a los argumentos que expone la parte demandante en el recurso relativos a la existencia de un derecho laboral cierto e indiscutible sobre el valor NOMINAL del bono pensional, que, según se ha dicho en esta audiencia, el ordenamiento jurídico colombiano asigna un derecho cierto e indiscutible a la redención del Bono pensional por su valor NOMINAL, pero solo cuando ocurre alguna de las tres hipótesis del artículo 11 del decreto 1299 de 1994⁴³ regula a saber: i) cuando el afiliado cumpla la edad que se tomó como base para el cálculo del respectivo bono pensional, ii) cuando se causa una pensión de invalidez o de sobrevivencia, y iii) cuando haya lugar a la devolución de saldos de conformidad con la Ley 100 de 1993. Según las normas que en esta audiencia se han citado profusamente, el precio del Bono pensional que deba negociarse anticipadamente para financiar una pensión anticipada será el que defina el mercado de valores, precio sobre el cual –se repite– bien puede su titular negar la negociación, o aceptarla como ocurrió en el presente asunto asumiendo las consecuencias que tal aceptación arroja sobre el monto de mesada pensional.

2. CORRECCIÓN MONETARIA DE LA MESADAS PENSIONALES: Para resolver sobre la pretensión subsidiaria de la demanda, la Constitución Nacional en el artículo 48 dispone que *“La ley definirá los medios para que los recursos destinados a pensiones mantengan su poder adquisitivo constante”*, aspecto sobre el cual el acto legislativo 01 de 2005 reiteró que *“por ningún motivo podrá dejarse de pagar, congelarse o reducirse el valor de la mesada de las pensiones reconocidas conforme a derecho”*.

Sin embargo, el Decreto 1889 de 1994, en el artículo 2 dispuso que para el cálculo de la mesada pensional en la modalidad de retiro programado *“se utilizarán las bases técnicas dictadas por la superintendencia Bancaria”*, y según el Concepto 2009015390-001 de dicha entidad (hoy Superintendencia Financiera), emitido el 1º de abril de 2009, *“para la modalidad de retiro programado la mesada pensional es variable y se calcula de acuerdo con el saldo de la cuenta de ahorro individual, el cual puede aumentar o disminuir según los resultados de las inversiones en el mercado y a medida que se van pagando las mesadas pensionales”* de lo cual surge una aparente contradicción normativa, pues la norma constitucional dispone el justo obligatorio de las mesadas pensionales, al paso que la aplicación de la Ley podría conducir a que las mesadas de pensión en el RAIS vean congelado o incluso disminuido su valor.

Para dirimir tal controversia entre las normas constitucionales y las normas legales a las cuales hace referencia el concepto referido la Corte Constitucional, en la sentencia T-020 de 2011 estableció claramente que: *“La única manera de conciliar, entonces, la normativa que regula el régimen de ahorro individual, especialmente el artículo 81 de la Ley 100 de 1993 y las disposiciones*

43 ARTICULO 11. REDENCION DEL BONO PENSIONAL. El bono pensional se redimirá cuando ocurra alguna de las siguientes circunstancias:

- 1.- Cuando el afiliado cumpla la edad que se tomó como base para el cálculo del respectivo bono pensional.
- 2.- Cuando se cause la pensión de invalidez de sobrevivencia.
- 3.- cuando haya lugar a la devolución de saldos de conformidad con la Ley 100 de 1993.

reglamentarias que regulan la materia, con los mandatos constitucionales contenidos en los artículos 48 y 53 constitucionales el artículo es mediante la interpretación conforme, es decir, armonizando la normativa infraconstitucional con los derechos reconocidos por la Carta y las prohibiciones introducidas por el Acto Legislativo 01 de 2005. Por lo tanto, las mesadas pensionales reconocidas bajo la modalidad de retiro programado no pueden ser congeladas ni reducidas y deberán aumentarse anualmente según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor certificado por el DANE".

La Corte, en la sentencia citada preciso que *"esta interpretación conforme tiene claras implicaciones que no pasan inadvertidas a esta Sala de revisión, porque precisamente puede conducir a que la cuenta de ahorro individual del pensionado se descapitalice y en definitiva ocurra el evento previsto por el artículo 12 del Decreto 832 de 1996, es decir, que la Administradora deba contratar una póliza de renta vitalicia. Este riesgo precisamente encierra una terrible paradoja: que en virtud de los incrementos anuales la mesada pensional termine por reducirse a un salario mínimo mensual (monto mínimo de la pensión de renta vitalicia prevista por el inciso tercero del citado artículo), pero entiende esta Sala de revisión que este riesgo está implícito en la elección de la modalidad de retiro programado que hace el afiliado, quien debe tomar una decisión informada de las contingencias a las que está sujeta su elección y de los posibles riesgos a largo plazo que enfrenta. Esta información debe ser suministrada periódicamente al afiliado, al igual que sobre los saldos de su cuenta de ahorro individual, para que decida si permanece en el régimen de retiro programado o si prefiere trasladarse al régimen de renta vitalicia. Por las razones antes expuestas encuentra esta Sala de Revisión que en los casos examinados se vulneró el derecho de los accionantes al reajuste de su mesada pensional y por consiguiente su derecho al mínimo vital, razón por la cual se revocarán los fallos de instancia y se concederán los amparos solicitados".* Sin embargo, lo cierto es que las AFPs a las cuales los afiliados entregan su capital para administración, son tienen la obligación ineludible de controlar permanentemente que el saldo de la cuenta de ahorro individual, mientras el afiliado disfruta de una pensión pagada bajo tal modalidad, no sea inferior a la suma necesaria para adquirir una póliza de Renta Vitalicia, como se lo recuerda el concepto 2009 015390-001 emitido por la Superintendencia Financiera el 1º de abril de 2009 al que se ha hecho referencia⁴⁴.

Así las cosas, resulta claro que la pensión de vejez en la modalidad escogida por el demandante, una vez definida en su valor al tasar la primera de las mesadas, no podía ser reducida, ni congelada. Como, de acuerdo con la documental aportada a folios 106 a 109 del expediente (certificado expedido por la demandada Porvenir S.A. en el cual se relacionan los pagos realizados al demandante desde el 10 de septiembre de 2004 hasta el 18 de mayo de 2012) la demandada congeló el valor de la pensión del demandante durante los años 2007 a 2009 y enero de 2010 -lo que no podía hacer de acuerdo con la sentencia de la Corte Constitucional referida-, el tribunal accederá a la pretensión subsidiaria de la demanda impartiendo la misma orden que la Corte Constitucional emitió, y ordenando el pago de las diferencias pensionales, advirtiendo que no operó la prescripción de la acción, pues la primera mesada que adolece del incremento del IPC es la de enero de 2007 (folio 107), el demandante interrumpió el término de prescripción el 05 de diciembre de 2008, y presentó la demanda el 25 de

⁴⁴ "Con el fin de proteger a los pensionados en la modalidad de retiro programado de tal forma que cuenten con una mesada pensional hasta su muerte, el artículo 12 del Decreto 832 de 1996 estableció que "...las AFP que ofrezcan el pago de pensiones bajo la modalidad Retiro Programado, deben controlar permanentemente que el saldo de la cuenta de ahorro individual, mientras el afiliado disfruta de una pensión pagada bajo tal modalidad, no sea inferior a la suma necesaria para adquirir una póliza de Renta Vitalicia"

noviembre de 2011 (folio 35) cuando aún no habían transcurrido más de tres años desde la fecha de la reclamación. (...).

FUENTE NORMATIVA	: ARTÍCULO 13 de la Ley 1149 de 2007. : ARTÍCULOS 13, 43, 53, 127, 128 del C.S.T. Mod. 15 de la ley 50 de 1990 : Decreto 3798 de 2003 : ARTÍCULOS 48 y 49 de la Ley 1328 DE 2009 : ARTÍCULO 12 del Decreto 1299 de 1994 : ARTÍCULOS 48, 53, 64, 67, 68, 81 y 117 de la Ley 100 de 1993 : ARTÍCULO 2° del Decreto 1889 de 1994 : ARTÍCULO 12 del Decrero 832 de 1996 : Acto Legislativo 01 de 2005 : Sentencia C-086 de 2002 C.C. y T-020-2011. : Concepto del 1º de abril de 2009 de la Superintendencia Financiera : C.S.J., Cas. Laboral., Sent. C-086 de 2002. M.P. Clara Inés Vargas : Hernández
FECHA	: 2013-04-09
PROCESO	: ORDINARIO (APELACIÓN SENTENCIA)
PONENTE	: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
DEMANDANTE	: HERNANDO CALDERÓN VILLAMIZAR
DEMANDADO	: AFP PORVENIR
RADICACIÓN	: 23 2011 00880 01
DECISIÓN	: REVOCA LA SENTENCIA

Sala Penal

1.4.1

1. PROVIDENCIAS DE ESTA CORPORACIÓN

.1. M.P. BOLAÑOS PALACIOS FERNANDO LEÓN Rad. 11001600004920080551401 (31-05-13) PRECLUSIÓN – El vencimiento del término máximo para imputar (parágrafo, artículo 175 de la Ley 906 de 2004), no genera causal de preclusión, ni nulidad de las actuaciones subsiguientes.

17. Sin embargo, la Sala se abstendrá de resolver de fondo la alzada, toda vez que el Juzgado Treinta y Cinco Penal del Circuito de Conocimiento, no ha debido tramitar audiencia de preclusión para decidir sobre la pretensión del defensor, esencialmente porque, como pasa a demostrarse, no existe en la legislación una causal autónoma ni derivada de preclusión, generada en el hecho de que la Fiscalía no hubiese efectuado la imputación dentro de los dos años siguientes a la recepción de la denuncia.

18. El artículo 331 del Código de Procedimiento Penal (*Ley 906 de 2004*), en su texto original dice lo siguiente:

“Artículo 331 Preclusión: En cualquier momento, a partir de la formulación de imputación, el Fiscal solicitará al juez de conocimiento la preclusión, si no existiere mérito para acusar”

Empero, el aparte subrayado fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-591 de 2005, de suerte que quedó claro que sí es posible que el Juez de Conocimiento declare preclusiones, en actuaciones procesales donde aún no se ha realizado la audiencia de imputación.

Tampoco se discute que, por regla general, la potestad para promover la preclusión radica en la Fiscalía General de la Nación. No obstante, la defensa puede solicitarla por su propia iniciativa, únicamente en tres eventos:

i) Cuando venza el término para acusar, contenido en el artículo 294 de la Ley 906 de 2004.

ii) Si durante la etapa de juzgamiento se demuestra la “imposibilidad de iniciar o continuar el ejercicio de la acción penal”. (Causal 1ª del artículo 332 *ibídem*).

iii) Si durante la etapa de juzgamiento se constata la “inexistencia del hecho investigado”. (Causal 3ª del artículo 332 *ibídem*).

En tales excepciones o posibilidades para que la defensa pueda solicitar preclusión, no se encuentra la hipótesis en la cual vence el término para realizar imputación.

18. El artículo 332 del Código de Procedimiento Penal enlista las causales de preclusión; entre ellas, en el numeral 7º:

“Vencimiento del término máximo previsto en el inciso segundo del artículo 294 de este código.”

A su vez, el artículo 294 de la Ley 906 de 2004, modificado por el artículo 55 de la Ley 1453 de 2011, es del siguiente tenor:

“Artículo 294. Vencimiento del término. Vencido el término previsto en el artículo 175 el fiscal deberá solicitar la preclusión o formular la acusación ante el juez de conocimiento.

De no hacerlo, perderá competencia para seguir actuando de lo cual informará inmediatamente a su respectivo superior.

En este evento el superior designará un nuevo fiscal quien deberá adoptar la decisión que corresponda en el término de sesenta (60) días, contados a partir del momento en que se le asigne el caso. El término será de noventa (90) días cuando se presente concurso de delitos, o cuando sean tres o más los imputados o cuando el juzgamiento de alguno de los delitos sea de competencia de los jueces penales del circuito especializado.

Vencido el plazo, si la situación permanece sin definición el imputado quedará en libertad inmediata, y la defensa o el Ministerio Público solicitarán la preclusión al Juez de Conocimiento.”

Y, en cuanto ahora interesa⁴⁵, el artículo 175 de la Ley 906 de 2004, modificado por el artículo 49 de la Ley 1453 de 2011, dispone:

“Artículo 175. Duración de los procedimientos. El término de que dispone la Fiscalía para formular la acusación o solicitar la preclusión no podrá exceder de noventa (90) días contados desde el día siguiente a la formulación de la imputación, salvo lo previsto en el artículo 294 de este código.

El término será de ciento veinte (120) días cuando se presente concurso de delitos, o cuando sean tres o más los imputados o cuando se trate de delitos de competencia de los Jueces Penales de Circuito Especializados.

La audiencia preparatoria deberá realizarse por el juez de conocimiento a más tardar dentro de los cuarenta y cinco (45) días siguientes a la audiencia de formulación de acusación.

La audiencia del juicio oral deberá iniciarse dentro de los cuarenta y cinco (45) días siguientes a la conclusión de la audiencia preparatoria.

Parágrafo. *La Fiscalía tendrá un término máximo de dos años contados a partir de la recepción de la noticia criminis para formular imputación u ordenar*

⁴⁵ El artículo 35 de la Ley 1474 de 2011, adicionó un segundo párrafo al artículo 175 de la Ley 906 de 2004. Dicho párrafo expresa: “En los procesos por delitos de competencia de los jueces penales del circuito especializados, por delitos contra la Administración Pública y por delitos contra el patrimonio económico que recaigan sobre bienes del Estado respecto de los cuales proceda la detención preventiva, los anteriores términos se duplicarán cuando sean tres (3) o más los imputados o los delitos objeto de investigación.”

motivadamente el archivo de la indagación. Este término máximo será de tres años cuando se presente concurso de delitos, o cuando sean tres o más los imputados. Cuando se trate de investigaciones por delitos que sean de competencia de los jueces penales del circuito especializado el término máximo será de cinco años.”

19. Como se aprecia, el numeral 7° del artículo 332, remite al artículo 294 y éste, a su vez, al artículo 175.

El artículo 175 de la Ley 906 de 2004, sí alude a una causal de preclusión por vencimiento de términos.

Dicho motivo de preclusión no ocurre, como parece haberlo entendido el defensor, por no formular la imputación.

Por el contrario, la causal de preclusión que podría invocar el defensor, esto es, el numeral 7° del artículo 332, se activa cuando pasados noventa (90) días, o ciento veinte (120) días, según el caso, después de formulada la imputación –por supuesto-, el Fiscal no presenta la acusación, o el mismo Fiscal no solicita la preclusión.

Vale decir, la formulación de la imputación es presupuesto insoslayable para que el interesado pueda solicitar la preclusión, con fundamento en el numeral 7° del artículo 332 del Código de Procedimiento Penal; originada en el:

“Vencimiento del término máximo previsto en el inciso segundo del artículo 294 de este código.”

20. De ese modo, como en el presente asunto no se ha realizado aún la audiencia de formulación de imputación, no tiene cabida dentro del esquema procesal una solicitud de preclusión por vencimiento del término máximo previsto en el inciso segundo del artículo 294 de la Ley 906 de 2004; y no ha debido tramitarse una audiencia para que el defensor argumentara al respecto.

21. La Corte Constitucional, en la Sentencia C-806 de 2008, ratifica que la preclusión del numeral 7° del artículo 332 de la Ley 906 de 2004, puede ser alegada cuando, después de la imputación, fenece el término para que el Fiscal presente la acusación. (...)

Es claro que en tal eventualidad, esto es, el transcurso del término máximo para formular imputación, contado a partir de la noticia criminal, no se genera ninguna causal de preclusión, ni una especie de prescripción anticipada; sino que el Fiscal deberá *“ordenar motivadamente el archivo de la indagación”*.

Es un asunto que compete a la órbita funcional de la Fiscalía General de la Nación; entidad que debería proceder oficiosamente o por solicitud de parte, a archivar motivadamente las diligencias.

Nótese que la norma utiliza la palabra *“ordenará”* en referencia a la decisión de archivar que debe adoptar la Fiscalía; y en ese aspecto el legislador fue consecuente, ya que por mandato del *parágrafo* del artículo 161 de la Ley 906 de 2004, relativo a las clases de providencias:

“Las decisiones que en su competencia tome la Fiscalía General de la Nación también se llamarán órdenes...”

23. La orden de archivo contenida en el *parágrafo* del artículo 175 de la Ley 906 de 2004 (*por vencimiento del término máximo para imputar*), es similar, en la conceptualización procesal de la temática, con el *“archivo de las diligencias”* regulado en el artículo 79 *ibídem* (*el hecho denunciado no existe, o no se puede caracterizar como delito*); en el sentido que la decisión radica en cabeza de la Fiscalía General de la Nación y deberá adoptarse a través de orden motivada.

24. Cabe preguntar: ¿Qué ocurre si el Fiscal no ordena motivadamente el archivo de la indagación, según el parágrafo del artículo 175 de la Ley 906 de 2004 (*por vencimiento del término máximo para imputar*)?

No surge, no se activa, ni se gesta una nueva causal de preclusión, sino que el defensor puede acudir ante el Juez de Control de Garantías (*no ante el Juez de Conocimiento, como se hizo en el caso que se examina*), a solicitarle que restablezca sus derechos fundamentales, en el sentido de disponer el archivo de la indagación.

Tal respuesta se corrobora a partir de sentencias proferidas por Salas de Tutela integradas por magistrados de la Sala de Casación Penal, de la Corte Suprema de Justicia.

En las mismas providencias, la Corte Suprema de Justicia ratificó además, que el *parágrafo* del artículo 175 de la Ley 906 de 2004, introducido por el artículo 49 de la Ley 1453 de 2011 rige hacia el futuro; es decir, para aquellas conductas punibles denunciadas después del 24 de junio de 2011; toda vez que esta normatividad se publicó en el Diario Oficial No. 48110 de 24 de junio de 2011.

-. Sentencia de tutela de 23 de noviembre de 2011 (*radicación 56598; M.P. Dr. Augusto J. Ibáñez Guzmán*).

-. Sentencia de tutela de 16 de enero de 2013 (*radicación 64294; M.P. Dr. Luis Guillermo Salazar Otero*).

Se aprecia, una vez más, que el hecho de que fenezca el término máximo para realizar la imputación, no da lugar al surgimiento de una nueva causal de preclusión, ni provoca una prescripción especial; sino, únicamente a que dentro de su órbita funcional, motivadamente, la Fiscalía ordene el archivo de la indagación.

Si el Fiscal delegado no imparte la orden por su propia iniciativa, el defensor podrá solicitar al Fiscal que así se pronuncie; y si, a pesar de la petición, el delegado no ordena el archivo, el interesado podrá acudir ante el Juez de Control de Garantías, a solicitar el restablecimiento de los derechos que estime vulnerados.

25. No sobra recordar que la orden motivada de archivo no opera por el sólo paso del tiempo, como si se trata de una derivación objetiva. Tanto el Fiscal delegado como el Juez de Control de Garantías que eventualmente intervenga, analizarán en cada situación específica si la demora de la Fiscalía encuentra alguna justificación; como podría ocurrir, por ejemplo, en circunstancias de fuerza mayor; o si maniobras dilatorias de los intervinientes contribuyeron al vencimiento del término, e impidieron que se realizara la audiencia de imputación.

26. Es factible que se suscite un problema jurídico inverso, cuyo planteamiento se entiende con este interrogante:

¿Qué ocurre si después de que se ordena el archivo, surgen nuevos elementos materiales probatorios?

La respuesta viene dada por el inciso segundo del artículo 79 de la Ley 906 de 2004:

“Sin embargo, si surgieren nuevos elementos materiales probatorios la indagación se reanudará mientras no se haya extinguido la acción penal”.

Si la Fiscalía General de la Nación conoce los nuevos elementos materiales probatorios, de oficio, motivadamente, reanudará el curso procesal. Si no lo hace,

el interesado (*víctima, denunciante, o Ministerio Público*), podrá solicitar al Fiscal delegado el desarchivo y la reanudación del procedimiento.

Sólo cuando haya mediado petición de parte, si el Fiscal no restablece las actuaciones, entonces el interesado podrá acudir ante el Juez de Control de Garantías, par que defina el asunto.

La petición de parte, para que la Fiscalía General de la Nación desarchivase las diligencias, por existencia de nuevos elementos materiales probatorios, es un requisito de procedibilidad, previsto en el artículo 79 de la Ley 906 de 2004, declarado exequible mediante Sentencia C-1154 de 2005; pues el interesado previamente debe solicitar la reanudación a la Fiscalía General de la Nación; en lugar de hacerlo directamente ante el Juez de Control de Garantías.

27. La preclusión se decide a través de un auto, que produce consecuencias definitivas, según el artículo 334 de la Ley 906 de 2004, de suerte que *“cesará con efectos de cosa juzgada la persecución penal en contra del imputado por esos hechos.”*

En cambio, la orden de archivo motivado de la indagación, por vencimiento del término máximo para imputar, a que alude el parágrafo del artículo 175 de la Ley 906 de 2004, introducido por la Ley 1453 de 2011, es una decisión de carácter temporal, que puede ser removida cuando surja un nuevo elemento material probatorio, como lo prevé el artículo 79 ibídem.

28. Otro problema jurídico dimana de la hipótesis en que se agote el término máximo para imputar, previsto en el *parágrafo* del artículo 175 de la Ley 906 de 2004; la Fiscalía no ordene el archivo; continúe la investigación y posteriormente efectúe la imputación.

¿Son ilegales o ilícitos (inexistentes) los elementos materiales probatorios y evidencias que consiga la Fiscalía General de la Nación, después de vencido el término máximo para imputar?

¿Se afectan de nulidad la imputación y las actuaciones procesales subsiguientes, realizadas con posterioridad al vencimiento del término máximo para imputar?

Los dos cuestionamientos tiene respuesta negativa, toda vez que la prolongación de la gestión procesal, después del vencimiento de término máximo para imputar, sólo da lugar a eventuales consecuencias disciplinarias y administrativas (*como el cambio del Fiscal delegado*); dado que el vencimiento de términos, como hecho aislado, en principio, no obstaculiza el ejercicio del derecho a la defensa ni desarticula la estructura del procedimiento penal.

Tal solución fue difundida por la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal, en casos adelantados bajo al égida del Código de Procedimiento Penal anterior, Ley 600 de 2000, cuando la actuación procesal continuaba luego de fenecer el lapso de duración de la investigación previa (*artículo 325*); y se reitera ahora, en vigencia de la Ley 906 de 2004.

(...)

-. Auto de 25 de julio de 2007 (*radicación 27861; M.P. Dr. Sigifredo Espinosa Pérez*):

“No atina el actor a explicar y demostrar cómo con el pretextado vencimiento de términos, de haber realmente existido, se menoscabó la estructura del proceso, o si por la denunciada irregularidad hubo lugar a que se obstaculizara el derecho de defensa y de qué manera, a tal punto que hiciera nugatorio el ejercicio del

derecho de contradicción con afectación del principio de presunción de inocencia; pues, de acuerdo con lo establecido en el Art. 294 de la Ley 906/04, la pérdida de competencia dispuesta en el citado precepto para el Fiscal que deja vencer el término que tiene para formular acusación o solicitar preclusión -30 días contados a partir de la formulación de imputación- sólo debe tenerse como el desplazamiento del caso que del funcionario moroso debe ordenar el superior, y que como causal de mala conducta da lugar a su investigación penal y disciplinaria, mas no a la invalidación de la actuación.”

29. En el anterior marco fáctico, normativo y jurisprudencial se ratifica que no existe una causal de preclusión por vencimiento del término máximo para imputar; y que, en consecuencia, no ha debido realizarse una audiencia para que la defensa argumentara sobre dicho supuesto motivo de preclusión.

MAX ALEJANDRO FLÓREZ RODRÍGUEZ
Presidente

DORA ELSA USCÁTEGUI LARA
Relatora