



RAMA JUDICIAL  
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ  
BOLETÍN 14 DE 15 DE AGOSTO DE 2013

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

**1.1. 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. Nexo 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 ACTÚO 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 Mts<sup>2</sup> y 154.24 Mts<sup>2</sup> 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 prodigo metafísico, no de manera instantánea; requiere un proceso de gestación denominado *iter contractus* o *iter consensos*, 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 común<sup>1</sup>.

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”<sup>2</sup>. 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.”<sup>3</sup>

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. Piedecasas 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”<sup>4</sup> 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 vinculante<sup>5</sup>, hasta la presentación de la oferta y su aceptación, deben acatarse deberes secundarios<sup>6</sup> que emanen 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 conexa 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”<sup>7</sup>.

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”<sup>8</sup>.

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 XX<sup>60</sup>, 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, MagistradopONENTE: 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 aquél 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.”<sup>9</sup>

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”<sup>10</sup>, 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"<sup>11</sup>, 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".<sup>12</sup>

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"<sup>13</sup>.

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"<sup>14</sup>

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".<sup>15</sup>

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 Mts<sup>2</sup> y 154.24 Mts<sup>2</sup>, 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 mts<sup>2</sup> 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 acreditaría 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 imprimirlle 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.

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 distinguir 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 desdobra, 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.<sup>16</sup>

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.<sup>17</sup>

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 emanen; 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 fe<sup>18</sup>.

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 Mts<sup>2</sup>, 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 destácase que no es lo mismo invitar a que se adquiera la propiedad de inmuebles con áreas de 178 y 179 Mts<sup>2</sup>, cuando los constructores, candidatos a vendedores de los mismos, saben a ciencia cierta que de esa área solo se va a trasmisir 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 2001<sup>19</sup>.

De ello relieva el Tribunal que si, simple y llanamente, se anunciaba en venta 178 Mts<sup>2</sup>, 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 MTs<sup>2</sup> 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 relievár el Tribunal que no basta para imputar responsabilidad con que se acrede, 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 llegar en el estudio de la obligación de reparar, pues si no existe o simplemente brilla por su ausencia prueba que lo acrede 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 culposo de éste, y la relación de causalidad entre ese proceder y el perjuicio padecido por la víctima”<sup>20</sup>.

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 guarda 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 determinantemente 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 tuvieran “cuando deseen vender deben hacerlo por el área real es decir por áreas de 125 a 150 Mts2”<sup>21</sup> 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 tuvieran 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 inocultablemente 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.<sup>22</sup>

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 queemanan 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...”<sup>23</sup> 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 1º Literal "d"y 14 Decreto 3466 de 1982
- : ARTÍCULO 23 Ley 675 de 2001,
- : TITULO 34 CAPÍTULO 4º 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

**FECHA**

: 2013-02-27

**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 ambos procesos haya identidad jurídica de partes", pensamiento relajado 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"<sup>24</sup>.

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 2009<sup>25</sup>, encontró responsable al señor Víctor Fabio Sarmiento Rozo, 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 responsables<sup>26</sup>.

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 tesis 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 futuro<sup>27</sup>, *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 ibidem.

un fallo judicial se limita a las personas que han intervenido como partes en el proceso en que se profiere (...)"<sup>28</sup>, palmaro 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"<sup>29</sup>, 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"<sup>30</sup>, 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 cuius*, 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"<sup>31</sup> porque pueden calar juicios penales "sin ningún análisis serio, o, peor aún, carentes de todo análisis"<sup>32</sup>, 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 cuius* 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 abstuvieron de “condenar a Víctor Fabio Sarmiento Rozo en perjuicios materiales”, circunstancia que demuestra que la justicia penal no absolvio 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”<sup>33</sup>, 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"<sup>34</sup>, 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"<sup>35</sup>, 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. Sala de Familia

**El problema jurídico por resolver la Sala** se centra en establecer si de conformidad con las normas de competencia previstas en el literal a) numeral 19 del artículo 23 del C. de P. C., en concordancia con las disposiciones de la Ley 1306 de 2008 y el Decreto 2272 de 1989, el Juez patrio tiene competencia para conocer del proceso de interdicción de un colombiano radicado en el exterior, quién presuntamente sufre de discapacidad mental.

**"EN ESA DIRECCIÓN, COMO EL ASUNTO TOCA CON LA CAPACIDAD DE UNA PERSONA, EL JUEZ COLOMBIANO NO PERDERÍA COMPETENCIA PARA CONOCERLO POR VIRTUD DEL ESTATUTO PERSONAL AL QUE PUEDE ACOGERSE EL NACIONAL ASÍ ESTÉ EN EL EXTERIOR, ANTE LO CUAL, ES DEBER DE LAS AUTORIDADES JUDICIALES TRAMITAR Y DECIDIR LA SOLICITUD DE INTERDICCIÓN DE ACUERDO A LAS NORMAS QUE RIGEN LA MATERIA, LO CONTRARIO EQUIVALE A DESCONOCER EL**

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.

## **DERECHO AL ACCESO A LA ADMINISTRACIÓN DEL JUSTICIA DEL COLOMBIANO DISCAPACITADO POR EL HECHO DE NO RESIDIR EN EL PAÍS.**

REFUERZA LA ANTERIOR CONCLUSIÓN EL PRINCIPIO DE INTERPRETACIÓN FAVORABLE A LA PERSONA PRESUNTAMENTE INCAPAZ, QUE LA LEY 1306 DE 2009 INCORPORA AL ORDENAMIENTO JURÍDICO A LA PAR CON EL BLOQUE NORMATIVO DERECHOS Y GARANTÍAS RECONOCIDAS EN TRATADOS INTERNACIONALES, DE MODO QUE EL PROCESO DE INTERDICCIÓN DISEÑADO PARA SU PROTECCIÓN, NO PUEDE CONSTITUIRSE EN OBSTÁCULO PARA LA EFICACIA DE TALES DERECHOS”. (...)

### **a) La Demanda**

La ciudadana **CONSTANZA DE LA CANDELARIA PARRA TORRES**, a través de apoderado judicial constituido con ese fin, presentó demanda de interdicción judicial respecto de su hermano, el señor **LUIS ALBERTO PARRA TORRES**.

El conocimiento del asunto correspondió por reparto al Juzgado Primero de Familia de Bogotá D. C., autoridad que en auto del veinticinco (25) de julio de dos mil doce (2012), inadmitió la demanda con la orden de presentar como anexo, un certificado expedido por psiquiatra o neurólogo, además de informar el lugar de residencia del señor **PARRA TORRES**.

En cumplimiento a la orden de corrección el apoderado judicial de la peticionaria, en escrito visible a folio 31 anuncia que allega el documento requerido por el despacho e informa que la dirección de residencia del presunto interdicto es calle 64 D No. 73-42 de esta ciudad.

A continuación y mediante proveído del veintinueve (29) de agosto de dos mil doce (2012), el Juzgado admite la demanda y ordena, entre otros aspectos, la notificación al Delegado o Delegada del Procurador.

Contra el auto de admisión, la Señora Procuradora, interpuso recurso de reposición, busca que se inadmita la demanda para que se aclare el motivo por el cual se instaura ésta en Colombia cuando el señor **LUIS ALBERTO PARRA TORRES** tiene su residencia en Madrid España, circunstancia en razón de la cual, el juzgado carecería de competencia para asumir el asunto por el factor territorial.

Antes de resolver el recurso, el señor Juez de conocimiento ordena practicar una visita domiciliaria a la dirección aportada en la demanda, prueba que permite concluir que efectivamente, el señor **LUIS ALBERTO PARRA TORRES** no reside en el país.

### **El auto impugnado**

Con la indicada claridad, a través de auto fechado el día 13 de marzo de 2013, el juzgado decidió el recurso, reponiendo su inicial determinación y en su lugar resolvió rechazar la demanda, por falta de competencia, en consideración a que el presunto interdicto reside en España.

### **El recurso**

Frente a la última determinación la parte demandante interpone recursos de reposición y el subsidiario de apelación, alegando que aun cuando el llamado a declararse en interdicción se encuentra en Madrid –España, su residencia regular está en Bogotá D.C. –Colombia, prueba de ello son las valoraciones médicas que se le han hecho y cuando se otorgó el poder para iniciar el proceso se hallaba en el país.

El recurso de reposición fue rechazado de plano y se concedió la alzada mediante proveído del 3 de mayo de 2013.

En esta instancia, la señora Procuradora Judicial solicita confirmar el auto impugnado, tras advertir que el Juzgado pudo establecer que la residencia del señor **LUIS ALBERTO PARRA TORRES** está en Madrid – España, probado esto, considera que no existe competencia de los Jueces Colombianos para conocer el proceso de interdicción a que le abriría paso la demanda, atendiendo el factor territorial que limita la competencia.

### b) Consideraciones

Es regla general que gobierna la competencia por el factor territorial, establecida en el numeral 1º del art. 23 del C. de P. C., es competente para conocer de la demandas que se promueva, el juez del domicilio del demandado y en defecto de este, el de su residencia; tratándose de procesos de interdicción por discapacidad como el que nos ocupa, el numeral 19 literal a) de la referida disposición, indica que será competente, el juez del lugar de “*residencia del incapaz...*”

Se desprende del fundamento de la apelación y lo constatado por el Juzgado, que el pretendido incapaz tiene residencia en Madrid, España, pero igual y por temporadas fija su residencia en Colombia, que fue precisamente cuando la hermana como su pariente más cercana, otorgó poder para iniciar el presente proceso con miras a que se designe un curador que represente los derechos de quien se afirma, sufre discapacidad mental.

De esta manera se plantea el problema jurídico de establecer si a la situación de un colombiano residente en otro país, quien mantiene vínculos con Colombia y presuntamente sufre de discapacidad mental, son aplicables las normas de competencia previstas en el literal a), numeral 19 del artículo 23 del C. de P. C. en concordancia con las disposiciones de la Ley 1306 de 2009 y del Decreto 2272 de 1989, para tramitar en el país, un proceso de interdicción por discapacidad, radicando la competencia en el Juez de Familia de la residencia nacional que temporalmente ostenta, o si como plantea el Ministerio Público, los jueces colombianos no tendrían competencia por razón del “domicilio”.

Aclarar inicialmente que el criterio legalmente adoptado para fijar la competencia territorial según las normas aún vigentes, es el de la residencia del presunto incapaz, razonamiento coherente con el principio protective que inspira la Ley 1306 de 2009 y, con la doctrina constitucional que llama a los funcionarios públicos a prodigar un tratamiento especial que garantice la igualdad material de las personas con discapacidad, al cual se refieren entre otras, las sentencias T-1103/0436, T-400 de 2004, T-122137.

---

36 Sentencia T-1103/04 de fecha, cuatro (4) de noviembre de dos mil cuatro (2004, Ponencia, Dra. Clara Inés Vargas: “De igual manera, en virtud del principio de igualdad material, los

Ese interés protectivo en las normas de competencia se traduce en la posibilidad de acceso fácil a la administración de justicia para el discapacitado, ya para acudir a las autoridades del lugar de su residencia o que en su nombre se demande la declaración judicial de interdicción, o bien si hubiere lugar a ello, para que pueda controvertir las actuaciones orientadas a privarle de la capacidad negocial, lo que bien puede ocurrir a pesar de que se trata de un proceso de “jurisdicción voluntaria”, no siempre exento de controversia.

Desde esta perspectiva razón tendría el Ministerio Público y la decisión judicial que acoge el criterio de la agencia pública, para deducir como solución sencilla al problema jurídico, que si el presunto discapacitado no tiene su residencia en el país, los jueces nacionales no tendrían competencia para adelantar el proceso de interdicción por disipación.

Esa solución sin embargo, no comprende todas las necesidades de protección que la persona afectada por discapacidad puede requerir; qué ocurre por ejemplo, si el enfermo no tiene acceso a la justicia del país extranjero; o si en ese país no es posible contar con un régimen personal sobre capacidad igual al nuestro; qué ocurriría si el enfermo tiene en Colombia intereses, bienes que debe hacer valer como un derecho de herencia por ejemplo; o simplemente si desea regresar al país y fijar su domicilio acá.

Los interrogantes revelan las deficiencias de la respuesta jurídica adoptada en este caso con la decisión de primera instancia que se abre un amplio margen de desprotección a quien, según acaba de verse en la doctrina constitucional, debe ser considerado “*sujeto de especial protección*”; además porque desconoce que el derecho patrio como sistema, tiene establecido en el artículo 19 del Código Civil, que el estatuto personal aplica a los colombianos así se encuentren en el exterior.

Según la indicada norma:

*“Los colombinos residentes o domiciliados en país extranjero, permanecerán sujetos a las disposiciones de este código y demás leyes nacionales que reglan los derechos y obligaciones civiles:*

1.- En lo relativo al estado de las personas y su capacidad para efectuar ciertos actos que hayan de tener efecto en alguno de los territorios administrados por el gobierno general, o en asuntos de la competencia de la unión. (...)” (subrayas fuera del texto).

---

discapacitados mentales tienen derecho a recibir un trato especial por parte de los mencionados funcionarios, principio constitucional que en materia de procesos civiles comprende los siguientes deberes de protección: a. A lo largo de todo el proceso civil, el funcionario debe velar porque los discapacitados mentales se encuentren debidamente representados. b. El funcionario judicial se encuentra en la obligación de declarar, de oficio, la nulidad cuando sea informado que en el curso del proceso el demandado era un discapacitado mental, que no estuvo debidamente representado por su curador. En otros términos, los discapacitados mentales tienen derecho a un debido proceso civil, que conlleva, por su especial condición, no sólo a que le sea respetada su igualdad procesal, como a cualquier ciudadano, sino además a que le sea garantizada una igualdad material, la cual se traduce en unos especiales deberes de protección a cargo de las autoridades judiciales que conozcan de los respectivos procesos judiciales”.

37 T-1221 de diciembre 6 de 2004, M. P. Alfredo Beltrán Sierra, “*se debe otorgar a los minusválidos un trato desigual más favorable y por consiguiente preferir y aplicar las normas que los protegen sobre las normas de carácter general, en razón del carácter tutitivo de las primeras*”.

Según palabras de la Corte Suprema de Justicia, “*De ahí se sigue que por efectos del denominado estatuto personal, se entiende que todas las normas de orden público que conciernen al estado civil siguen al colombiano aún en el extranjero, que por lo mismo, cualquier alteración que sobre su situación jurídica se produzca, debe estar acorde con las regulaciones internas, porque de lo contrario no podría tener efectos en Colombia*”. Sala de Casación Civil, Sentencia, del 29 de julio de 2011, M. P. Dr. EDGARDO VILLAMIL PORTILLA- 2007 00152.

Dos posibles situaciones podrían presentarse tal como se viene planteando el asunto, que el enfermo o quien tiene obligación legal de protegerle reclame en país extranjero sentencia de interdicción o su similar y la haga valer en el país mediante el mecanismo del exequáтур, o la que propone el recurrente, que se acoja al régimen personal de su país y pida a sus jueces, en particular al de su residencia en el país, así sea temporal, el decreto de interdicción caso en el cual, la Justicia no podría negar el acceso a quien se presenta como sujeto de especial protección.

No escapa a esta reflexión que el proceso de interdicción se concibe en la Ley 1306 de 2009, como una medida de restablecimiento de los derechos de la persona discapacitada, destinada a garantizar la protección de sus derechos de cuya efectividad son responsables la familia, el Estado y de la sociedad, por consideración de la situación de vulnerabilidad de estas personas. De ahí, el Estado por medio de los funcionarios e instituciones competentes estamos obligados a tomar las previsiones necesarias para impedir el desconocimiento de sus derechos (artículos 5° y 6°).

En esa dirección, como el asunto toca con la capacidad de una persona, el juez colombiano no perdería competencia para conocerlo por virtud del estatuto personal al que puede acogerse el nacional así esté en el exterior, ante lo cual, es deber de las autoridades judiciales tramitar y decidir la solicitud de interdicción de acuerdo a las normas que rigen la materia, lo contrario equivale a desconocer el derecho al acceso a la administración del justicia del colombiano discapacitado por el hecho de no residir en el país.

En fin, que la decisión de rechazar la demanda contradice postulados de rango constitucional como el acceso a la administración de justicia (artículo 228 de la Constitución) y protección especial que debe el Estado a las personas en situación de indefensión (artículo 13 Ibídem), que el Juez está obligado a garantizar en el proceso, razones todas que llevan a revocar el auto impugnado”. (...)

<b>FUENTE NORMATIVA</b>	: ARTÍCULO 23 numeral 1° y numeral 19 literal a) del C.P.C. : LEY 1306 DE 2009 : DECRETO 2272 de 1989 : ARTÍCULO 228 DE LA C.P. : Sentencias T-1103/04, T-400 de 2004, T-1221 C.C. : Sala de casación Civil sentencia del 29 de julio : de 2011, M.P. Edgardo Villamil Portilla 2007-00152
<b>FECHA</b>	: 2013-07-05
<b>PROCESO</b>	: INTERDICCIÓN (APELACIÓN AUTO)
<b>PONENTE</b>	: Dra. LUCÍA JOSEFINA HERRERA LÓPEZ
<b>DEMANDANTE</b>	: LUIS ALBERTO PARRA TORRES
<b>DEMANDADO</b>	:

1.31

**1.3. Sala Laboral**

El problema jurídico por resolver consiste en verificar si la administradora del régimen de ahorro individual AFP BBVA Horizonte Pensiones engañó a la demandante en el momento de suscribir el formulario de afiliación, para el traslado de pensión de prima media con prestación definitiva al de ahorro individual con solidaridad.

**"EN EFECTO, EN UN ESCENARIO COMO EL QUE PLANTEABA LA DEMANDANTE PARA EL MOMENTO DE SU TRASLADO, EN EL QUE SE DEMUESTRA QUE ERA BENEFICIARIA DEL RÉGIMEN DE TRANSICIÓN PREVISTO EN EL ARTÍCULO 36 DE LA LEY 100 DE 1993 POR VIRTUD DEL CUMPLIMIENTO DE LA EDAD DE 38 AÑOS PARA EL 1° DE ABRIL DE 1994, SEGÚN LO DEMUESTRA EL REGISTRO CIVIL DE NACIMIENTO APORTADO POR LA ACTIVA; JUNTO CON EL HECHO RELEVANTE DE QUE PARA EL MOMENTO EN QUE SE LE OFRECÍÓ EL CAMBIO DE RÉGIMEN, ADEMÁS TENÍA ACUMULADAS DE MANERA INTERRUMPIDA 352.29 SEMANAS DE COTIZACIÓN AL INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, ENTRE EL 3 DE MAYO DE 1982 Y EL 31 DE OCTUBRE DE 2001, SEGÚN LO DEMUESTRA LA HISTORIA LABORAL DE FOLIO 94 DEL PLENARIO, CON EL INGREDIENTE ADICIONAL DE QUE EN ESE MOMENTO LA DEMANDADA PODÍA PERCIBIR QUE EN ESAS CONDICIONES, LA ACTIVA ESTABA COBIJADA POR LA REGLAMENTACIÓN DEL CITADO INSTITUTO, POR VIRTUD DE LA TRANSICIÓN QUE LA AMPARABA; PERMITE ESTABLECER CON CLARIDAD, QUE EL FORMULARIO DE AFILIACIÓN OMITIÓ INFORMACIÓN SOBRE ESTE ASPECTO PUNTUAL DE LA DEMANDANTE, PUES NO EXISTE CONSTANCIA ALGUNA O ANEXO QUE LO ACOMPAÑE, DE QUE A LA ACTIVA LE FUE SUMINISTRADA LA INFORMACIÓN PERTINENTE DE QUE CON ESAS CONDICIONES PARTICULARES SUYAS, PODÍA PERDER EL RÉGIMEN DE TRANSICIÓN CONSAGRADO EN EL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL INTEGRAL CREADO POR LA LEY 100 DE 1993, MÁXIME QUE CON EL HISTORIAL DE SEMANAS QUE TRAÍA EN ESE MOMENTO, BIEN PODÍA ACONSEJARLE QUE TENÍA UNA EXPECTATIVA CIERTA DE ALCANZAR UNO DE LOS REQUISITOS PARA LOGRAR LA PENSIÓN DE VEJEZ DE PRIMA MEDIA CON EL SEGURO SOCIAL SI LLEGABA A UN PROMEDIO DE COTIZACIONES ININTERRUMPIDAS DE 213 SEMANAS, O LO QUE ES LO MISMO, UN PROMEDIO DE 4.14 AÑOS PARA ALCANZAR LAS 500 DENTRO DE LOS 20 AÑOS ANTERIORES AL CUMPLIMIENTO DE LA EDAD, SEGÚN EL RÉGIMEN PROTEGIDO POR LA TRANSICIÓN DE QUE EN ESE MOMENTO ERA BENEFICIARIA".(...)**

**a) La demanda**

JULIETA MARGARITA FRANCO DAZA convocó a BBVA HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍA S. A., para obtener mediante los trámites propios de un proceso ordinario, previa declaración de nulidad de la afiliación a ésta, el traslado de los valores que posee en la cuenta de ahorro individual a la administradora del régimen de prima media con prestación definida, y las costas del proceso.

**b) Los hechos**

El Despacho de primera instancia absolvió a la entidad demandada de todas las súplicas incoadas en su contra, para el efecto consideró que en el expediente no existía mayor elemento probatorio para concluir que la demandante fue llevada a engaño en el momento de suscribir el formulario de afiliación a la AFP BBVA Horizonte Pensiones y Cesantías. Para respaldar tal conclusión, el aquo señaló en sus consideraciones, que no se había indicado en el libelo de manera expresa, las situaciones de tiempo, modo y lugar en que sucedió ese engaño, resaltando que fue después de 9 años de efectuada la afiliación que la activa solicitó la nulidad de dicho acto. Agregó que la información suministrada por la AFP a la demandante con relación al bono pensional en el momento del traslado, no tenía la entidad suficiente para que se pudiera predicar la nulidad, por cuanto aquella no demostró en el proceso que este hecho haya sido el único y determinante para que ella hubiera dirigido su voluntad para suscribir la afiliación, pues por el contrario, dijo el juzgador, quedó demostrado en el expediente, que la actora fue informada de forma suficiente de los beneficios de su afiliación y que el cálculo del bono pensional obedeció a una información efectuada con fundamento en datos dados por la propia demandante previo a su afiliación, que fueron utilizados por la entidad sin que importe que tal información posteriormente hubiera variado por encontrarse nuevos aportes en la historia laboral.

Así las cosas, el aquo concluyó que a la parte activa le correspondía probar los fundamentos fácticos de ese supuesto engaño de la administradora en pensiones, según lo dispuesto en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil y como ello no lo logró, no quedaba más que despachar desfavorablemente sus súplicas.

Inconforme con la decisión, el apoderado de la activa interpuso recurso de apelación sustentado en que lo que se pretende demostrar es que la convocada faltó a su deber de suministrar información completa, no advirtiendo con claridad y transparencia, que la demandante era beneficiaria del régimen de transición de la Ley 100, y tenía derecho a conservarlo, y adquirir la pensión de jubilación a los 55 años de edad, como una expectativa cierta, mientras que en el ahorro individual no, por lo que la indujo a error, como se establece de lo manifestado por el testigo técnico, pues la deslumbró bajo el argumento del reconocimiento del bono pensional en una suma considerable para ese momento inexistente. Se transcribe la impugnación<sup>38</sup>

---

38 "...La parte demandada ha establecido a lo largo de su defensa, que este es un asunto de pleno derecho que basta leer la ley para entender su sentido y alcance, y además, que se presume que con la sola firma del formulario de afiliación la Doctora Julieta Margarita Daza ofreció su consentimiento para tal acto. Sin embargo los elementos probatorios que realmente existen o que fueron razonados oportunamente dentro del proceso permiten establecer varias situaciones que quisiera resumir en combinación con unas apreciaciones de carácter jurídico.

La afirmación que ha hecho la demandante es que la entidad demandada el Fondo BBVA Horizonte Pensiones y Cesantías S. A. faltó a su deber de suministrar una información completa y no le advirtió a la demandante con total claridad y transparencia que ya tenía el derecho causado a mantenerse en el régimen de transición previstos en la Ley 100 de 1993 con la posibilidad concreta de adquirir la pensión de jubilación a partir de que cumpliera los 55 años de edad y tampoco les dijo que debido a que tenía cumplido los 35 años de edad era beneficiaria de dicho régimen, por lo que resultaba extremadamente riesgoso y negativo el acogimiento al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por la Entidad demandada. Es evidente también, que esa incorrecta información no le permitió a la Doctora Julieta Margarita Daza comparar las dos opciones que tenía de naturaleza diferente: 1. La pensión a que podría obtener por estar sujeta al régimen de transición que correspondería a un valor cierto, de manera vitalicia, al que tendría derecho tan pronto cumpliera los requisitos si llegare a los 55 años de edad y otro, puramente eventual, incierto liquidado sobre el ahorro individual acumulado en un bono pensional sometido a los avatares y a la volatidad del mercado financiero y a un posible sacrificio económico si ella se veía contenida a vender ese bono en el mercado de valores.

---

Tanto la Corte Suprema de Justicia como la Corte Constitucional tienen establecido que las Administradoras de los fondos de pensiones se ubican en el campo de la responsabilidad profesional, que están obligadas de forma eficiente, eficaz y oportuna a prestar todos los servicios inherentes a la cavidad de las instituciones de carácter provisional, la misma que por ejercerse en un campo de la Constitución Política estima que concierne a los intereses públicos tanto de la perspectiva del artículo 48 como del artículo 335, y que se debe estimar con un vara de rigor superior a la que se utiliza frente a las obligaciones entre particulares, precisamente por la naturaleza de la prestación. Esas mismas corporaciones de justicia en extensísimas sentencias que fueron reproducidas parcialmente en el lbelo demandatorio, que la información que deben dar éstas administradoras de fondos de pensiones, deben comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la terminación de las condiciones para el disfrute pensional, y la tesis de la Corte Constitucional plasmada en la Sentencia T – 818 de 2007, entre otras, es que esas corporaciones estima que los requisitos de edad, 35 años de edad para las mujeres y 40 años de edad para los hombres y un tiempo mínimo de cotizaciones para ser beneficiarios del régimen de transición son requisitos disyuntivos, abro comillas “Por lo que basta con que en cabeza de una persona se configure alguna de las dos premisas anteriores descritas para que frente al Estado Social de Derecho a quien el usuario ostente un derecho adquirido al régimen de transición”. En el desarrollo de este proceso y escuchando las respuestas dadas en el interrogatorio de parte por la representante legal de la entidad demandada, se pudo establecer que ella efectivamente respondió que la Doctora Julieta Margarita Franco Daza había sido ilustrada frente a los dos regímenes, pero escuchada la opinión experta del testigo técnica, se pudo establecer que son bien grandes, importantes y positivas las diferencias frente a quien se acoge al Régimen de Transición y al Régimen de Ahorro Individual.

Esos dos parámetros sentados tanto por la interrogada como por el testigo técnico, permiten deducir que es esa la información principalmente, es esa la que ha debido dársela a la Señora Julieta Margarita Franco Daza en el momento que tramitó su afiliación al Fondo, pero ocurre que así no ocurrió, y no ocurrió por una razón de mucho peso en el análisis del manejo del conjunto probatorio, porque la propia entidad demandada discrepaba y sigue discrepando al menos hasta el momento en que contestó la demanda de la interpretación que la propia Corte Constitucional y Corte Suprema de Justicia hicieran del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, efectivamente si se lee la contestación de la demanda en los hechos 8 y 11, en el primero de ellos el fondo BBVA horizonte dice que no es cierto, que si bien en la redacción original del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 se previó como requisito la edad y tiempo de servicios, esta disposición al ser interpretada por la Corte Constitucional en las Sentencias C–024 de 2004, C–789 de 2002 y SU–062 de 2010, y con las modificaciones que le introdujeron al Acto Legislativo 01 de 2005, cuatro años después de haberse tramitado la afiliación, se establece que el requisito para conservar el régimen de transición es tener cotizadas 15 o más años y/o 750 semanas, y al contestar el numeral 11 afirma que la edad ya no se contempla para estos efectos de conformidad con la Ley 797 de 2003 también posterior al 1 de noviembre o 31 de octubre que se tramitó la afiliación.

Entonces, cuando la Jurisprudencia de la Corte Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia afirman e indican que es absolutamente necesario dar un consentimiento debidamente informado, no se podría en este caso en particular predicar que el fondo BBVA Horizonte suministró ese consentimiento, esa información, sencillamente porque la interpretación que hacía el fondo de la Ley es totalmente distinta, era y sigue siendo totalmente distinta dada por la Corte Suprema de Justicia y de la Corte Constitucional.

Es indiscutible que el factor determinante de la afiliación de la Doctora Julieta Margarita Franco Daza al fondo de pensiones fue y si me permiten para utilizar un término coloquial, el cuento del bono pensional que efectivamente fue estimado allí como lo acepta la misma entidad demandada al contestar su demanda, aun cuando aclara que es una proyección, por supuesto que se trata de una proyección, pero es una proyección hecha con una base de cálculo cierta, determinada por las cotizaciones que se habían hecho al Sistema de Seguridad Social, pero resultaron ser esas proyecciones falsas, porque si hubiesen sido ciertas en ese momento o cuando respondió el Ministerio de Hacienda, se hubiera indicado la existencia de un capital base para la configuración de ese bono pensional y resulta que el Ministerio de Hacienda lo que respondió es lo que ya sabemos, tiempo cero y monto cero, no había ninguna estimación pecuniaria o económica por parte del Ministerio de Hacienda, de tal manera que Señor Juez que yo estimo que con el pronunciamiento que ha hecho a través de su sentencia, que esta incurriendo en una vía de hecho indirecta, para hacer un falso

### c) Consideraciones

En los términos que se sustenta la impugnación, en efecto hay lugar al quebrantamiento de la decisión de primera instancia por las siguientes razones:

Sobre el tema de la nulidad de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por los fondos privados de pensiones, por faltar a su deber de informar de manera íntegra y adecuada a los usuarios del sistema con el fin de establecer su verdadera vocación de traslado, la máxima Corporación del trabajo ha señalado que la desinformación constituye elemento de juicio suficiente para anular o invalidar el acto de afiliación al régimen de ahorro individual administrado por los fondos privados, cuando nace en virtud de un traslado del régimen de prima media con prestación definida, ya que es obligación del Fondo de Pensiones, proporcionar al posible afiliado, información suficientemente clara y completa sobre las consecuencias que a futuro representa abandonar el régimen de prima media con prestación definida al que se encuentra afiliado, pues el desconocimiento de esas implicaciones puede inducir a error ante la mera información de los beneficios que ofrece el régimen al que se pretende afiliar.

Por la importancia del tema y para dejar claras las directrices enseñadas por el alto Tribunal sobre este punto, la Sala se permite hacer lectura de algunos apartes vertidos en la sentencia del 9 de septiembre de 2008, radicado No. 31989 con ponencia del Dr. Eduardo López Villegas:

“(...) Es razón de existencia de las Administradoras la necesidad del sistema de actuar mediante instituciones especializadas e idóneas, con conocimientos y experiencia, que resulten confiables a los ciudadanos quienes les van a entregar sus ahorros y sus seguros de previsión para su vejez, su invalidez o para su familia cercana en caso de muerte prematura.

Esas particularidades ubican a las Administradoras en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la calidad de instituciones de carácter previsional, la misma que, por ejercerse en un campo que la Constitución Política estima que concierne a los intereses públicos, tanto desde la perspectiva del artículo 48 como del artículo 335, se ha de estimar con una vara de rigor superior a la que se utiliza frente a las obligaciones entre particulares.

Por lo dicho es que la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone el deber de cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, cumplirlas todas con suma diligencia, con prudencia y pericia, y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo manda el artículo 1603 del C.C., regla válida para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual.

La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.

---

raciocinio, de una errada interpretación de la Ley y también de una apreciación equivocada del material de pruebas, efectivamente habrá de establecerse que la Señora Julieta Margarita Franco Daza fue inducida a error por fondo, bajo los halagos de un bono pensional inexistente, estimado en cuarenta y dos millones y pico de pesos en ese momento, valdría la pena hace el inciso de valor presente, pero era un bono que en ese momento era totalmente inexistente, pero además porque no se le suministró la información positiva que significa para ella mantenerse en el Régimen de Transición, entre otras cosas porque el fondo consideraba en aquel evento y lo sigue considerando que ella no tenía el derecho adquirido a estar en régimen de transición contrariamente a las apreciaciones de la Corte Suprema de Justicia y de la Corte Constitucional...”

La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad.

Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica. (...)".

La jurisprudencia laboral traída a mención no puede ser más clara sobre el tema; para que en realidad se considere que el traslado de régimen pensional estuvo precedido de voluntad y deseo de cambio por parte del afiliado del régimen de prima media con prestación definida, se requiere que la administradora del régimen de ahorro individual le suministre una información completa sobre las condiciones específicas de su situación pensional, lo que implica no solamente lo favorable, sino todo aquello que puede perder o serle lesivo de aceptar un traslado, pues como bien lo explicó la sentencia rememorada, las administradoras de pensiones no sólo deben pensar en su propio beneficio captando ahorradores sin mayor selección, pues por tratarse, en esencia de fiduciarias del servicio público de pensiones, su comportamiento y determinaciones deben estar orientadas también a satisfacer de la mejor manera el interés de la persona sobre la que se pueden cernir los riesgos de invalidez, vejez y muerte.-

Trasladados los anteriores argumentos al asunto concreto, para la Sala es claro, en primer lugar, que el juzgador de primer grado se equivocó al trasladarle la carga de la prueba a la demandante sobre la demostración de todos los elementos o información que la llevaron a engaño por parte de la administradora de pensiones al haberle ofrecido su afiliación al régimen que ella administraba, pues en estos eventos, acorde con la jurisprudencia laboral, la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado; esto es, que por el tipo de responsabilidad que se le endilga a este tipo de entidades, sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional, frente a quienes simplemente llevan una desventaja en estos temas por importarles únicamente la protección de esos riesgos sin mayores aristas científicas o legales, es que las administradoras tienen el deber de demostrar que suministraron al afiliado la información completa y veraz sobre su situación pensional, que le permitan inferir al juez que, precisamente, por haberse indicado todos los aspectos e implicaciones del traslado de régimen, el afiliado en realidad fue su deseo aceptar dichas condiciones, para que posteriormente no pueda alegar inducción al error o engaño alguno por la administradora en pensiones.

Dice la sentencia del 9 de septiembre de 2008, ya citada lo siguiente:

"...En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada..." (Subrayado de la Sala).

Según la jurisprudencia, no es deber del afiliado demostrar la información que omitió suministrarle el profesional para convencerlo de su traslado, pues es claro que esa obligación le corresponde asumirla a la entidad administradora, quien debe percibirse en el momento de asesorar a cada persona interesada en la afiliación, cuál es su situación particular para mostrarle los pros y los contra de aceptar el traslado, junto con los datos correctos o por lo menos con un margen de espera para completarlos, y así suministrarse un buen consejo para evitar darle falsas expectativas, que posteriormente le causen un perjuicio al afiliado. De manera que en este punto no importa que hubieran transcurrido varios años luego de la afiliación, o incluso sucesivos traslados de administradoras de pensiones dentro del régimen de ahorro individual con solidaridad, pues esa situación no convalida la equivocación en que incurrió la entidad en el momento de ofrecer unas expectativas que al final y, por efecto del tiempo vino a traslucirse como equívocas, máxime si se trata del derecho a obtener una pensión en mejores condiciones que de haberse señalado desde el comienzo, probablemente el afiliado hubiera adoptado otra decisión o la que hubiere adoptado con el traslado, sería incuestionable por el convencimiento que tuvo de todas sus aristas e implicaciones.

En la hipótesis planteada, no puede decirse como lo asevera la demandada en su contestación de demanda y en el interrogatorio de parte rendido por la representante legal, que con el sólo hecho de haber firmado el formulario de afiliación a la AFP que obra en el folio 74 del expediente el 4 de septiembre de 2001, la demandante aceptó que se le había informado de todos los efectos de su traslado de régimen, pues es claro que aunque un documento en el que se plasma la firma como aceptación de lo allí contenido, tiene cierto valor para acreditar esas estipulaciones, no es menos cierto que el ordenamiento jurídico también propende por un principio de trascendencia legal y constitucional, como lo es el de la primacía de la realidad sobre lo meramente escritural o formal, en el sentido que son los hechos y las relaciones jurídicas entre los sujetos de derecho por virtud de las simples manifestaciones verbales o por sus acciones, las que deben ser reveladas sobre la apariencia de lo que se encuentra en un documento; de suerte que no le basta a la demandada con ampararse exclusivamente en lo que superficialmente demuestra el formulario de afiliación firmado por la demandante como señal de aceptación de todas las condiciones, cuando en realidad, el susodicho formulario no contiene mayores datos relevantes de la situación de la activa, que una simple constancia pre impresa de que fue advertida de las implicaciones del régimen de transición en caso de trasladarse al régimen de ahorro individual con solidaridad, que quedan desdibujadas al no tener mayor respaldo probatorio con otros medios de convicción.

En efecto, en un escenario como el que planteaba la demandante para el momento de su traslado, en el que se demuestra que era beneficiaria del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 por virtud del cumplimiento de la edad de 38 años para el 1º de abril de 1994, según lo demuestra el registro civil de nacimiento aportado por la activa; junto con el hecho relevante de que para el momento en que se le ofreció el cambio de régimen, además tenía acumuladas de manera interrumpida 352.29 semanas de cotización al Instituto de Seguros Sociales, entre el 3 de mayo de 1982 y el 31 de octubre de 2001, según lo demuestra la historia laboral de folio 94 del plenario, con el ingrediente adicional de que en ese momento la demandada podía percibir que en esas condiciones, la activa estaba cobijada por la reglamentación del citado Instituto, por virtud de la transición que la amparaba; permite establecer con claridad, que el formulario de afiliación omitió información sobre este aspecto puntual de la demandante, pues no existe constancia alguna o anexo que lo acompañe, de que a la activa le fue suministrada la información pertinente de que con esas condiciones particulares suyas, podía perder el régimen de transición consagrado en el sistema de seguridad social integral creado por la Ley 100 de 1993, máxime que con el historial de semanas que traía en ese momento, bien podía aconsejarle que tenía una expectativa cierta de alcanzar uno de los requisitos para lograr la pensión de vejez de prima media con el Seguro Social si llegaba a un promedio de cotizaciones ininterrumpidas de 213 semanas, o lo que es lo mismo, un promedio de 4.14 años para alcanzar las 500 dentro de los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad, según el régimen protegido por la transición de que en ese momento era beneficiaria.

Amén de lo anterior, según lo acreditado dentro del expediente, fíjese cómo la administradora en pensiones BBVA Horizonte Pensiones y Cesantías, falta a ese deber de información completa y veraz para asegurarse de que al afiliado le están poniendo todas las condiciones para convencerlo adecuadamente del cambio de régimen, y es el hecho mismo de que la demandada, a través de su representante legal en el interrogatorio de parte que absolvio, expuso la forma como la entidad suministra la información cuando se trata de personas con la posibilidad de financiar su pensión con un bono pensional. En efecto, para el caso de la demandante, la pasiva señaló en algunas de sus respuestas, que el cálculo del valor del bono depende simplemente de la información que brinde el afiliado, es decir, que muchas veces, esos datos pueden ser incorrectos y la entidad sólo se atiene a ellos para crearle falsas expectativas al usuario, sin lugar a responsabilizarse de que los resultados posteriores resulten contrarios o desfavorables a lo informado por la entidad cuando se convenció al afiliado del traslado de régimen pensional.

Por ejemplo, sobre la pregunta del bono pensional que se le informó a la demandante tenía derecho para la fecha del traslado, la representante legal de la entidad dijo lo siguiente: “...*le puedo informar que a las personas y a los afiliados que ingresan a la Compañía se les hace un aproximado, de acuerdo con la información que ellos mismos brindan sobre la posibilidad de obtener un bono pensional con determinado valor; sin embargo esa proyección se hace teniendo en cuenta la información que el mismo afiliado suministra ya que nosotros no contamos con autorización previo a la vinculación del afiliado para consultar ningún tipo de sistemas; es la información que ellos mismos nos brindan, entonces se hace una proyección.*” y más adelante, sobre la sugerencia para que precisara el caso de la accionante, aquella afirmó lo siguiente: “...*bueno, lo primero es que horizonte no es emisor de bonos pensionales, nosotros fungimos como un simple intermediario entre los afiliados y las entidades emisoras y el Ministerio de Hacienda que es el encargado de hacer la liquidación provisional de los bonos. La información que inicialmente estaba cargada en el sistema de bonos pensionales que es totalmente independiente a nuestro sistema de información es que la señora Julieta Margarita tenía un bono de 42 millones de pesos; sin embargo para ese momento la historia laboral de la señora no estaba completa, por esa razón, la fecha de corte varió con posterioridad a una información que en medio de la reconstrucción de la historia laboral se obtuvo de un nuevo empleador en el que*

*se informó que había aportes a Cajanal, por esa razón el valor varió, la fecha de corte varió y obviamente el interés que se aplica y el número total de semanas es totalmente diferente, pero esa es información que proviene directamente de las relaciones laborales que tiene la señora Julieta Margarita y la información del sistema de bonos pensionales.”.*

Con base en esto, la Sala considera que la administradora en pensiones del régimen de ahorro individual actúa de manera apresurada y por no decir menos, irresponsable, al no constatar que la información que le brindan los usuarios en el momento en que aquellos están analizando la posibilidad de trasladarse de régimen, es verídica; más aún cuando se trata de establecer las fuentes de financiación de la posible prestación, acorde con la historia laboral hasta ese instante reportada por el afiliado. Por ende, se repite, no se trata sólo de recibir nuevos afiliados, sino de que aquellos cumplan con las exigencias legales para trasladarse, e incluso rechazarlos cuando su situación pensional les indica que es mejor que permanezcan en el régimen en el que están afiliados.

De la misma forma, la Sala resalta en este tópico, que el estudio que realiza la entidad administradora demandada resulta deficitario, hasta el punto que los asesores simplemente hacen un recuento generalizado de los requisitos que debe tener el afiliado para ser beneficiario del régimen de transición, informando sólo los puntos favorables del traslado de régimen, pero jamás una explicación concreta de la situación de la persona, a fin de que, como lo señala la jurisprudencia laboral, el afiliado tenga un panorama claro por haber conocido las diferentes alternativas con sus beneficios e inconvenientes. Sobre tal cuestión, a la pregunta hecha a la representante legal de la demandada sobre si a la señora Julieta Margarita Franco Daza se le explicó si cumplía con los requisitos para acceder al régimen de transición, aquella respondió lo siguiente: “*De manera específica si la señora Julieta Margarita cumplía o no y se le haya informado o hecho el estudio específico no, pero sí se informa al momento de la afiliación tanto los efectos de los 15 años como la edad al 1º de abril de 1994.*”; y por ejemplo, sobre la información de las desventajas o inconvenientes de ese traslado, la representante legal informó lo que sigue: “*Las condiciones desfavorables de la afiliación, no, ella fue asesorada de manera íntegra sobre los efectos favorables que tenía en el régimen de prima media como en el régimen de ahorro individual; eso significa que fue asesorada precisamente sobre lo que nos convoca con el régimen de transición y los efectos positivos que tenía en el fondo privado.*”.

Como quedó indicado con anterioridad, acorde con tales respuestas, para la entidad demandada resulta suficiente un examen generalizado de los requisitos del régimen de transición sin verificar en forma concreta y específica el historial laboral del afiliado para establecer hasta qué punto le resulta aconsejable hacer el traslado, y en segundo lugar, sólo se le exponen los criterios atractivos del régimen, pero jamás lo que puede llegar a perjudicarlo con respecto a la situación que ya ha adquirido; incluso, en cuanto a la posibilidad de financiar la prestación con un bono pensional, no se observa en el asunto, si se le informó a la activa por ejemplo que, existiendo la posibilidad de pensionarse antes de la fecha de redención normal o anticipada del bono, y para completar el capital necesario para optar por una de las modalidades de pensión en ese régimen, deberá negociar tal título en el mercado secundario en la bolsa de valores, con los avatares que ello representa en dicho mercado, situación plausible si uno de los atractivos para el cambio es la financiación de la pensión a través de ese mecanismo, como sucedió en este evento, en donde la pasiva aceptó que, en efecto, para el momento del traslado hubo una discusión sobre un bono pensional.

Aunado a lo anterior, la Sala debe reiterar que el deber de la administradora en pensiones, como nuevamente lo señala la jurisprudencia laboral, en estos eventos no es el de simplemente ofrecerle un formulario de vinculación con dicho ente, sino el de acompañar esa determinación del afiliado con la explicación de todas las etapas del proceso, que como expresamente lo trae la sentencia de la alta Corporación del trabajo que ha sido el soporte de esta decisión, la entidad tiene la obligación de informar “...desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.”; particularidades que en el asunto no fueron acreditadas por la pasiva, en donde se pudiera constatar, por ejemplo, qué tipo de posibilidades para el reconocimiento pensional con base en la situación laboral de la accionante podía materializarse, simplemente está el dicho de la representante legal de la pasiva que en el interrogatorio indicó que los asesores comerciales están capacitados para explicar los beneficios del régimen de ahorro individual, pero esto en modo alguno puede beneficiarla probatoriamente, pues se trata de su propio dicho, de suerte que aquí se aplica la tesis según la cual no es dable a las partes prefabricar la prueba para aducirla en su propio beneficio; además, si los asesores comerciales sólo están capacitados para explicar las bondades del sistema, salta a la vista los posibles errores en que se puede inducir a los usuarios cuando se les ofrece un cambio de régimen pensional, pues es precisamente de esas situaciones desfavorables y su comparativo, que se puede examinar, que a pesar de todo, el afiliado escogió libre de engaños, porque consideró que era mayor la ganancia con los elementos atractivos del nuevo régimen que lo que podía perder con el antiguo.

Entonces, de lo expuesto, debe concluirse que lo que se examina en la nulidad del traslado de régimen, no es propiamente el hecho de si se configuró o no un derecho pensional en el momento que se hizo la oferta por parte de la administradora, sino el examen de si aquella cumplió con el deber de proporcionar al afiliado una suficiente, completa y clara información sobre las reales implicaciones que le conllevaría dejar el anterior régimen y sus posibles consecuencias futuras, lo que en el asunto la demandada no acreditó.

Por consiguiente, la Sala de decisión revocará la sentencia de primera instancia, para en su lugar proceder a declarar la nulidad del traslado que la demandante hizo del Instituto de Seguros Sociales a la administradora BBVA Horizonte Pensiones y Cesantías, el día 4 de septiembre de 2011, según la fecha de diligenciamiento del formulario de afiliación.

Sobre las consecuencias de la nulidad, cabe repasar lo dicho por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, tanto en la sentencia del 9 de septiembre de 2008, radicado 31989 como en la sentencia de instancia del 6 de diciembre de 2011, radicado No. 31314, esta última en la que se dijo lo siguiente:

“(...) Las consecuencias de la nulidad de la vinculación del actor a la Administradora de Pensiones del Régimen Individual, por un acto indebido de ésta, tiene como consecuencia no producir sus efectos propios, sino los que en su lugar establece la ley; no se puede entonces derivar ningún derecho u obligación entre el actor y la entidad demandada, por mesadas pensionales o gastos de administración a partir de la fecha de notificación de esta sentencia. (...)”

Así las cosas, la nulidad del traslado de régimen pensional implica que en el asunto, la demandada deba devolver al ISS todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la activa, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado; además, deberá asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, como lo son las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, incluso, por los gastos de administración en que hubiere incurrido, de conformidad con lo previsto por el artículo 963 de la misma normatividad civil". (...)

**FUENTE NORMATIVA : ARTÍCULO 36 LEY 100 DE 1993**

- : ARTÍCULOS 48 y 335 de la C.P.
- : ARTÍCULOS 14 y 15 DECRETO 656 DE 1994
- : ARTÍCULOS 963, 1603 Y 1746 del C.C.
- : ARTÍCULO 177 C.P.C.
- : Sentencias C-024 de 2004, C-789 de 2002 y SU-062 de 2010 de la Corte Constitucional.
- : Sentencias del 9 de septiembre de 2008 Rad. 31898 y 6 de diciembre de 2011 Rad. 31314 de la Sala Laboral Corte Suprema de Justicia.

**FECHA**

: 2013-04-17

**PROCESO**

: ORDINARIO (Apelación sentencia)

**PONENTE**

: Dra. LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO

**ACCIONANTE**

: JULIETA MARGARITA FRANCO DAZA

**ACCIONADO**

: BBVA HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS

**RADICACIÓN**

: 11-001-31-05-022-2011-00734-01

**DECISIÓN**

: REVOCAR LA SENTENCIA IMPUGNADA

## Sala Penal

### 1.4.1

#### 1. PROVIDENCIAS DE ESTA CORPORACIÓN

**1.1. M.P. BUSTOS BUSTOS LUIS ENRIQUE – SALVAMENTO DE VOTO** Rad. 11001310402120070080701 (19-03-13) IRREFORMABILIDAD DE LA SENTENCIA – Posibilidad de redosificación de la pena en virtud de errónea selección de una norma sustantiva en el fallo / SEGURIDAD JURÍDICA Y COSA JUZGADA - No son un obstáculo para que se materialice la justicia en casos de conculcación de garantías fundamentales / FAVORABILIDAD – Por ultractividad /ACCIÓN DE TUTELA - Juez del proceso, independientemente del estado en que se encuentre, funge como juez constitucional, siendo innecesario que imponga al interesado la carga de acudir a la acción de tutela para lograr la protección de sus derechos.

“Tal como lo dispone el artículo 412 de la ley 600 de 2000; norma de conformidad con la cual la sentencia luego de proferida no puede ser modificada o revocada, ni siquiera por el Juez o Sala de Decisión que la dictó y, menos aún, por el Juzgado de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad, a quien al tenor del artículo 469 ibídem simplemente le corresponde el control de los aspectos atinentes a las condiciones jurídicas de su ejecución.

Esta prohibición no es absoluta, por el contrario, con apego a la misma disposición en cita se exceptúa en tres específicos eventos: **(i)** En caso de error en el nombre del procesado. **(ii)** En el evento de que se hubiese incurrido en omisión sustancial en la parte resolutiva; y, finalmente **(iii)**, en la hipótesis del error aritmético.

No obstante, ninguna de esas tres situaciones es susceptible de afirmarse en el presente asunto, tanto es así que el recurrente acude en procura de que se redosifique la pena a partir de las normas que legalmente corresponden a los hechos materia de juzgamiento, las cuales, se repite, resultan favorables a (...), teniendo en cuenta que el error que atribuye a la sentencia deviene de una inadecuada aplicación o de la caprichosa interpretación de las normas que regulaban el comportamiento por el cual fue convocado a juicio.

Tanto la resolución de acusación como la sentencia que puso fin a la primera instancia y que quedó debidamente ejecutoriada, se emitieron –tal como en ellas se reconoce– por hechos ocurridos en marzo de 1998 y, ninguna referencia se hace para advertir que su ejecución de prolongó en el tiempo hasta después del 25 de julio de 2001<sup>39</sup>. De allí que en manera alguna las disposiciones contenidas en este cuerpo normativo le pudieran ser aplicadas a (...), excepto que le fuesen favorables.

Realmente, la pretensión del defensor del penado se reduce a que se redosifique la pena a partir de la aplicación de las normas más benignas, las cuales, advierte, son aquellas contenidas en el Decreto-ley 100 de 1980 con la modificación que se introdujera por la ley 40 de 1993 en relación con el delito de extorsión, es decir, el artículo 355.

En mi sentir el examen de la situación concreta merece ser estudiada a la luz de las normas constitucionales y, desde ya, concluyó que sí es dable acceder a la redosificación solicitada, en virtud al grave menoscabo que se ocasiona con la sentencia, afrenta que incluye el derecho a la libertad del condenado.

Por tanto, en el sub lite el problema jurídico planteado se enmarca dentro del siguiente cuestionamiento ¿es factible redosificar la pena en virtud a la errónea selección de una norma de contenido sustancial?, el cual se ha de responder positivamente, pues conforme la interpretación que se aviene a las garantías y derechos fundamentales que regentan el proceso y que propenden por el respeto a los sujetos procesales, no permite que en un Estado que se precia de ser social de derecho, además de admitir la participación de los asociados, una decisión tan trascendente como lo es la sentencia, más aún cuando ella es condenatoria, pueda permanecer inalterada, a partir del prurito según el cual la seguridad jurídica y el principio de cosa juzgada – que en realidad acá no se ponen en juego – impiden proceder conforme los postulados que pregoná el preámbulo de la Constitución y los artículos 2º y 29 superiores, entre otros.

En esa comprensión, una providencia judicial desconoce tales axiomas cuando, a pesar de que desde el punto de vista formal se observe su acierto, a partir de lo sustancial se muestre no sólo ilegal sino injusta. En esa perspectiva, estimo que en determinados eventos no es la ley la que ofrece la mejor solución al conflicto sino que se debe acudir a las premisas constitucionales para lograr los fines propuestos.  
(...)

En franca controversia con tales postulados, hasta hoy, en ocasiones se pregoná el principio de seguridad jurídica que le es connatural a la sentencia, cuya inmutabilidad también se defiende, sin embargo, conforme los fallos de tutela que más adelante se citarán, tales no son obstáculo para que se materialice la justicia en casos en los cuales se hace tan evidente, objetivo, palpable, el conculcamiento de la garantía del principio de favorabilidad, que compete al juez, en cualquier tiempo, deshacer los efectos nocivos del fallo, más aún en tratándose de la legalidad de la pena.

(...)

Precisamente, la indebida selección y aplicación de la norma aplicable al caso, da al traste con el principio de legalidad tan caro a los estados civilizados cuyas instituciones democráticas no permiten mantener en el mundo jurídico una decisión

---

<sup>39</sup> Fecha en que entró en vigor la ley 599 de 2000

illegal e injusta a partir del prurito de la seguridad jurídica, cuyo alcance, se reitera, tampoco se compromete en eventos como el presente.

(...)

El principio de favorabilidad al cual hace referencia el señor Juez A-quo, basado exclusiva y limitadamente en el texto de la norma contenida en el artículo 79-7 de la Ley 600 de 2000 que establece la competencia de los jueces de ejecución de penas y medidas de seguridad, es del siguiente tenor:

*"De la aplicación del principio de favorabilidad cuando debido a una ley posterior hubiere lugar a reducción, modificación, sustitución o extinción de la acción penal"*

Sin embargo, el tema propuesto supera con creces la teleología de esta disposición, pues se trata de un problema de legalidad de la sanción finalmente impuesta, pero aún si en ese entendido se resolviera el asunto, el principio de ultrat�vidad de la ley – que también es una forma de aplicar la favorabilidad- no deja duda en torno a la solución del cuestionamiento, en efecto, el artículo 29 de la Constitución Política ningún límite establece en relación con la aplicación del aludido principio. El tenor literal de la norma es el siguiente:

*"El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable."*

También la doctrina se ha referido al tema así:

*"El fenómeno de la retroactividad de la ley más benigna se complementa con el de ultrat  vidad de la más favorable; en virtud de él si una norma es más favorable al sindicado, debe aplicarse aún después de que haya cesado de regir, siempre que el hecho se hubiere cometido mientras dicha ley estaba en vigor"*<sup>40</sup>.

Precisamente, la indebida selección y aplicación de la norma aplicable al caso, da al traste con el principio de legalidad tan caro a los estados civilizados cuyas instituciones democráticas no permiten mantener en el mundo jurídico una decis  n illegal e injusta a partir del prurito de la seguridad jurídica, cuyo alcance, se reitera, tampoco se compromete en eventos como el presente.

(...)

Ningún reparo existe sobre la vigencia de la ley aplicable a la conducta desplegada por (...), cuyos hechos, se insiste, se consumaron en su totalidad en marzo de 1998, por tanto, el señor juez de su causa ha debido, le era imperativo e ineludible, comparar cuál de las normas – la que se hallaba vigente al momento de ocurrencia de los sucesos o la que operaba en la fecha en la cual se emitió la sentencia- le era más favorable, pues bien, al hacer una comparación objetiva de las disposiciones, se tiene:

*"Inaplicar al caso la norma que se encontraba vigente al momento de la comisión del delito y consagraba un tratamiento penal más benigno para el sindicado o condenado, o aplicarla cuando en comparación con la disposición vigente resulta desfavorable, es una violación al principio constitucional de la favorabilidad, motivo por el que la actuación o providencia judicial de que se trate quedará de inmediato revestida de un defecto sustancial de tal magnitud que origina una vía de hecho."*<sup>41</sup>

(...)

Como se ve, sin realizar esfuerzo, se concluye claramente que las disposiciones contenidas en el Decreto-ley 100 son evidente y altamente favorables, al punto que la nueva legislación duplica la pena mínima. Parece entonces insostenible que en este evento no opere el principio de favorabilidad en su componente de ultrat  vidad de la ley penal.

40 Reyes Echandía, Alfonso. Derecho Penal. Parte general. Tercera reimpreci  n de la undécima ed. Ed. Temis. Bogotá. Pág. 62  
41 Ob. Ct. Pág 369

Es deber del juez deducir razonable y fundadamente, aún de oficio, cuál de las normas resulta favorable al procesado y, dicha obligación no se cumplió en la sentencia condenatoria, en cuyo texto, se recalca, el señor juez ni siquiera hizo alusión al tema de la favorabilidad y, desde luego, tal omisión, repercutió en el total desacuerdo de la sanción a imponer. En efecto,

*“La favorabilidad, como antes se explicó, no encarna un principio de interpretación de la ley penal, sino una directriz para escoger la ley aplicable cuando se presenta sucesión de leyes penales en el tiempo. Dicha directriz, contenida en nuestro derecho vigente desde la ley 153 de 1987 (art. 44), recibe, en el art. 45 de la misma, cuatro “aplicaciones”, en que la propia ley decide cuál es norma favorable y cómo debe resolverse el conflicto. Ello no significa, sin embargo, en modo alguno, que no puedan presentarse otros casos, sino que estos deberán ser evaluados por el juez conforme a los principios generales y constitucionales, atendiendo, en supuestos extremos insalvables de duda, a una “interpretación benigna”. Esta última, pues, solo está prescrita para las situaciones en que, en la colisión temporal de normas penales, no pueda el juez determinar con precisión y objetividad, razonablemente, cuál de ellas es, por favorabilidad, la aplicable al caso particular.”*<sup>42</sup>

(...)

Como quiera que un segundo aspecto que se toca en la providencia recurrida se contrae a establecer si la competencia del juez de ejecución de penas implica en estos casos la redosificación de la pena, concluyo que no es indispensable que el penado concurra a la acción de tutela para que sea el juez constitucional quien ordene al juez natural que cumpla con el mandato imperativo legal, desconociendo que el juez del proceso, independientemente del estadio en el cual éste se halle, también funge como juez constitucional.

(...)

Esa es la línea trazada por nuestros máximos tribunales de justicia tanto ordinaria como constitucional, en cuyas decisiones, referentes a eventos similares y, podríamos afirmar, menos graves, ordena al juez correspondiente – ejecución de penas o Sala de decisión del Tribunal – que redosifique la sanción, siempre atendiendo que no existe medio más eficaz para lograrlo...

(...)

Y es que la naturaleza residual y subsidiaria de la acción de tutela, implica que sea el juez del proceso quien en principio de pronuncie sobre el tema de la conculcación de derechos;...

(...)

Ahora, resultaría altamente paradójico que anunciada y verificada la conculcación objetiva y flagrante de los derechos fundamentales del penado, en franco desconocimiento de la celeridad y amparo de las prerrogativas que merece una situación como la planteada – favorabilidad y legalidad de la pena- se le imponga a (...) acudir a la acción constitucional de tutela para que sea el juez – cuya presencia ha de obedecer a su carácter residual y subsidiario -, previa observancia del debido proceso y ejercicio del derecho a la defensa, llevara a la Corporación a admitir que sin duda se han quebrantado los derechos, pero sólo y exclusivamente puede adecuar la sanción penal, una vez el juez constitucional se lo ordene.”

Relatoría/consulta/2013/Providencias incluidas en los boletines

**1.2. M.P. BUSTOS BUSTOS LUIS ENRIQUE Rad. 11001600001920120609801 (11-06-13) PREACUERDOS**–Deben respetar el principio de legalidad estricta frente a la imputación fáctica – Imposibilidad de degradar la forma de participación de autor a cómplice cuando la conducta no está referida como accesoria a la ejecutada por un autor.

---

<sup>42</sup> Fernández Carrasquilla, Juan. Derecho penal fundamental. Ed. Temis. 2<sup>a</sup> ed. Bogotá. T-1 1995. Pág 121

"Teniendo en cuenta lo citado en párrafo precedente encuentra la Corporación que amén de lo deprecado tanto por la Fiscal como por el defensor se vislumbra un problema jurídico, el cual, está dirigido a establecer si en la no aprobación del acta de preacuerdo se verificó, como ya se dijo, el cumplimiento de las exigencias constitucionales y legales que ordenan el proceso y orientan su legalidad.

(...)

Concordante con lo señalado en precedencia, el doce (12) de septiembre de dos mil siete (2007) la misma Corporación –Corte Suprema de Justicia- con ponencia del magistrado Dr. Alfredo Gómez Quintero dentro del radicado 27759 señaló:

*"...el presupuesto del preacuerdo consiste en no soslayar el núcleo fáctico de la imputación que determina una correcta adecuación típica, que incluye obviamente todas las circunstancias específicas, de mayor y menor punibilidad, que fundamentan la imputación jurídica: Imputación fáctica y jurídica circunstanciada.*

*"El parámetro de la negociación de los términos de la imputación no es la impunidad; el referente del fiscal y de la defensa es la razonabilidad en un marco de negociación que no desnaturalice la administración de justicia."*

Finalmente, la Corte Constitucional en sentencia C-1260 de dos mil cinco (2005) con ponencia de la magistrada Dra. Clara Inés Vargas se pronunció en los siguientes términos:

*"... se otorga al fiscal un cierto margen de apreciación en cuanto a la imputación, pues con miras a lograr un acuerdo se le permite definir si puede imputar una conducta o hacer una imputación que resulte menos gravosa; pero de otro lado, en esta negociación el Fiscal no podrá seleccionar libremente el tipo penal correspondiente sino que deberá obrar de acuerdo con los hechos del proceso." (Negrillas y subrayas fuera del texto original)*

(...)

Así, advierte la Sala, se puede hacer extensiva a aquellos eventos en los cuales, si bien es cierto en la negociación se mantiene el delito imputado inicialmente también lo es que se le reconoce una forma de participación ajena por completo a lo que muestran sin duda los elementos materiales de prueba, desconociendo la situación fáctica que dio origen a la acción penal y la que resulta evidente, de manera que de presentarse tal circunstancia se hace necesario improbar el preacuerdo o si éste fue avalado, decretar la nulidad de la actuación en los términos citados en precedencia.

De la anterior reseña legal y jurisprudencial se puede afirmar que **(i)** la improbación del preacuerdo procede cuando no exista otra solución que permita subsanar la irregularidad detectada y que no vulnere el derecho de defensa ni el debido proceso en aspectos sustanciales, así como **la estructura básica del proceso** y **(ii)** diáfano se tiene que el juez de conocimiento encargado de aprobar la negociación que se pone a su consideración debe velar por el cumplimiento del principio del debido proceso, así como el de tipicidad estricta y legalidad de los delitos, en aras de conservar –insiste la Sala- la estructura básica del proceso y las pautas desarrolladas en punto a la política criminal, el prestigio de la administración de justicia y obviamente la salvaguarda de las garantías fundamentales de las cuales gozan los sujetos procesales intervenientes dentro del proceso penal; en conclusión, es al funcionario judicial a quien le compete realizar el estudio de legalidad del acto presentado, que para el caso bajo estudio corresponde a la negociación celebrada entre la delegada del ente acusador y acusada asesorada por su defensor.

En el *sub examine* se tiene que la jueza Veintiuno Penal del Circuito con función de conocimiento decidió no aprobar el preacuerdo puesto a su consideración, el cual se presentó en los siguientes términos:

“...la señora (...), previa conversación, acepta ser la autora penalmente responsable de la conducta ilícita de FABRICACIÓN, TRÁFICO, PORTE O TENENCIA DE ARMAS DE FUEGO, ACCESORIOS, PARTES O MUNICIONES..., entonces como consecuencia de ello, de haber aceptado su responsabilidad penal, la Fiscalía como único beneficio, le ofrece la degradación de la conducta de autor a cómplice, atendiendo el principio de legalidad conforme el art. 350 de nuestro C. de P.P., que le da facultad al ente acusador de tipificar conducta de manera diferente en pro de hacer más beneficiosa la pena, respetando el núcleo fáctico de los elementos materiales probatorios, sin vulnerar los principios de estricta tipicidad y legalidad...”<sup>43</sup>.

Así las cosas, y bajo tales presupuestos, resulta pertinente recordar que el principio de legalidad, de observancia absoluta en sistemas distintos al que rige el trámite que nos ocupa y aquellos que orientan los mecanismos de la denominada justicia premial, entre ellos, la humanización de la justicia, la participación activa y efectiva del imputado o acusado en las resultas de la actuación, no puede, de ninguna manera, interpretarse con fundamento en aquél principio, pues resulta claro que debe ceder ante la posibilidad de conseguir los fines de la verdad y la justicia, entre otros.

Concordante con lo anterior, si se considerara que el principio de legalidad resulta insoslayable, la ley no habilitaría la posibilidad, incluso, de suprimir conductas delictivas de menor entidad para que, en tales condiciones, el imputado o acusado acepte los cargos restantes y se cumpla otro cometido constituido por una pronta y eficaz justicia.

Pero aún así, se tiene de forma imperativa, como ya quedó visto en las reseñas jurisprudenciales aludidas, que la negociación o el preacuerdo debe respetar el **principio de legalidad estricta** frente a la imputación fáctica y no al contrario, esto es, que la imputación fáctica deba conllevar una consecuencia jurídica que de suyo es imposible de atribuir por ser inexistente, como ocurre en el caso que hoy concita la atención de la Sala, de donde se infiere que en el preacuerdo suscrito por la Fiscal, ésta pasó por alto el principio de tipicidad estricta y de legalidad de los delitos y de la pena, indebida interpretación que persistió en la señora juez, pues partió del presupuesto que la reducción de la pena en el caso concreto devenía de la inobservancia del artículo 351, y siguientes, en punto de la rebaja que autoriza la ley, conforme se modificó por el parágrafo del artículo 57 de la ley 1453, que de todas maneras repercute indudablemente en la estructura básica del proceso, pero cuyo alcance no logra superar los evidentes yerros en que se incurrió en el acta firmada por las partes.

Lo anterior, porque de la situación fáctica determinada por la delegada de la Fiscalía General de la Nación se concluye que la conducta de porte ilegal de armas de fuego cometida por la señora (...), se consumó, cuando ella portaba dentro de su prendas de vestir el artefacto bélico y, sin duda, esa circunstancia hace parte de la situación fáctica imputada y reiterada en el escrito de acusación y su formulación, tal como se estableció en la audiencia de imputación, de manera que al degradar la forma de participación –autor a cómplice-, se soslayó indudablemente el núcleo esencial de la situación fáctica, circunstancia que no debe ser permitida en ninguna actuación de tal naturaleza, pues afecta la estructura básica del proceso e implica la omisión de poner en vigencia el enaltecimiento de la administración de justicia y la salvaguarda

de las garantías fundamentales de que goza no sólo la acusada, sino los demás sujetos procesales.

Ante este panorama, opera y se impone al Juez, atender el principio de progresividad, para determinar, en un estadio concreto, cuál es la consecuencia jurídica que se aviene, respetando el principio de legalidad estricta de cara a la imputación fáctica – *cuya inmodificabilidad es imperativa* - presentada por la delegada de la Fiscalía General de la Nación.

(...)

Además, olvidan los impugnantes que el sistema con tendencia acusatoria también se nutre de la dogmática y, dentro de ella, los parámetros que deslindan la estructura del delito en sus componentes de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, los cuales de ninguna manera se pueden soslayar en aras de pregonar un beneficio que no se corresponde siquiera con la realidad verificada con los elementos materiales de prueba y evidencia física debidamente recopilada por el ente acusador.

Enseña entonces la dogmática, que existen varias forma de participación en la comisión de la conducta delictiva, tanto así, que trata el tema del autor en el artículo 29 mientras que el del cómplice lo dispone en el artículo 30, ambas normas del Código Penal.

Precisamente, la connotación que cada una de dichas formas apareja, implica el cumplimiento de una serie de presupuestos, que en palabras del propio defensor “*la participación del cómplice es solo complementaria a la del autor*”. De allí que se predique que no existe cómplice sin autor, y la razón se ofrece lógica, pues no se puede afirmar que se presta ayuda posterior o concomitante a alguien que no existe. En el caso concreto, cómo explicar que la señora (...) desplegó tal forma de participación, si por parte alguna siquiera se intuye la presencia de un tercero en los hechos sometidos a juzgamiento.

(...)

En conclusión, no es cierto, según lo afirma la Fiscal delegada y en ello la acompaña la defensa, que las facultades otorgadas puedan ser ejercidas sin límite alguno, incluso, desconociendo la realidad de lo sucedido y, negando, a través de los preacuerdos, la situación fáctica soportada en los elementos materiales de prueba o evidencia física obtenida y, para zanjar el apartamiento de la jurisprudencia y la doctrina que mediante tales negociaciones de pretende se aludan argumentos que resultan insostenible incluso desde lo cotidiano, por ese sendero se llegaría al despropósito de que al autor material se le atribuyera la condición de cómplice, pues tampoco desde la dogmática, tal posibilidad es admisible.

Paradójicamente, se desnaturalizan de tal manera los principios y valores que se pretenden conseguir a través de los preacuerdos, pues para el caso en concreto, sería un imposible jurídico atribuir a la acusada su condición de cómplice, cuando su conducta debería estar referida como accesoria a la ejecutada por un autor que de suyo no aparece relatado en los hechos y, por ende, inexistente en la imputación fáctica; de allí que, contrario a lo afirmado por los recurrentes, el preacuerdo sometido a verificación si varía lo sucedido y que es materia de juzgamiento.”

Relatoría/consulta/2013/Providencias incluidas en los boletines

**1.3. M.P. BUSTOS BUSTOS LUIS ENRIQUE Rad. 110016000706-2010-00184-03 (15-05-13) DERECHOS DE LAS VÍCTIMAS** - Autonomía reglada del representante de la fiscalía al ejercer la acción penal no puede menoscabar en su desarrollo los derechos de los demás sujetos procesales y en especial de la víctima - Potestad del ente investigador de renunciar a la práctica de pruebas y omitir la introducción de elementos materiales de prueba,

**evidencia física o información legalmente obtenida, debe respetar criterios de razonabilidad y utilidad / NULIDAD – Por violación de derechos de las víctimas.**

“Sin embargo y aunque en el sistema de enjuiciamiento colombiano, adoptado con la Ley 906 de 2004, de marcada tendencia adversarial y cuya acción penal está a disposición del ente acusador a través de sus delegados, está atribución no reviste un talante absoluto, por el contrario, debe obedecer y responder ante los derechos de las demás partes e intervinientes especiales dentro de la actuación penal, teniéndose en el caso en concreto prevalente consideración por las garantías consagradas a favor de las víctimas y el respeto al debido proceso que debe regir en todos trámites adelantadas por las autoridades judiciales.

(...)

Bajo este entendido, la Sala advierte que desde el inicio de la audiencia preparatoria en el proceso seguido en contra del señor (...) se presentaron varias irregularidades que además de afectar los derechos a la verdad y justicia de la víctima, quebrantaron la garantía constitucional al debido proceso como seguidamente se entrará a exponer.

(...)

Situación ésta que conlleva considerar que el representante de la fiscalía no obstante tener a su disposición la acción penal y por ende poseer una autonomía reglada en cuanto a la forma en que se ejercerá la misma, no puede menoscabar en su desarrollo los derechos de los sujetos procesales y de sus intervinientes especiales, como lo son las víctimas, pues apenas resulta lógico que una prueba que ha sido debidamente solicitada y decretada, sea introducida en el curso del juicio oral,...

(...)

Incluso, aunque el ente investigador cuenta con la potestad de renunciar a la práctica de pruebas que han sido debidamente decretados por el juez de conocimiento y, desde luego, omitir la introducción de elementos materiales de prueba, evidencia física o información legalmente obtenida, esta facultad se enmarca dentro de los lineamientos de la razonabilidad siempre y cuando dicho desistimiento sea consecuencia de previas consideraciones en torno a la utilidad de las pruebas que se vayan a practicar para sustentar su teoría del caso, según lo expuesto por la Corporación en referencia en sentencia de 08 de noviembre de 2007, bajo el radicado 26411,...

(...)

Es así como encuentra esta Corporación que no obstante al delegado de la fiscalía le asistía el derecho de desistir de los elementos de conocimiento debidamente solicitados y decretados, no podía dejar sin sustento probatorio su teoría del caso, incurriendo en las diversas irregularidades puestas ya de presente, afectando de esta forma la garantía constitucional al debido proceso de los sujetos e intervinientes especiales en el trámite adelantado.

Razonamiento anterior al cual arriba la Sala de acuerdo con las circunstancias del caso en concreto, dado que las víctimas en aras de no desdibujar las características esenciales que gobiernan el Sistema Penal Acusatorio no pueden presentar y defender su propio teoría del caso al margen de lo que la fiscalía ha expuesto, convirtiéndose de esta forma el ente acusador en un representante de los derechos e intereses de los afectados, los cuales no pueden ser desconocidos en el ejercicio de la acción penal por el titular de la misma, de acuerdo con lo expuesto por la Corte Constitucional en la sentencia C-516 de 2007,...

(...)

Entonces, vedado está para el delegado de la fiscalía obviar entre el cúmulo de actividades que debe desplegar en el curso de un proceso penal, aquellas actuaciones dirigidas a amparar las garantías que le asisten a las víctimas, en especial a la verdad y justicia, cuando presenta ante el juez de conocimiento los

elementos de prueba dirigidos a demostrar su teoría del caso y mucho menos en su práctica, desistiendo de los mismos, pues actuar de otra manera sin duda alguna vulneraría los derechos que de los afectados encarna, como en efecto ocurrió en el caso en concreto, al dejar sin soporte probatorio los delitos por los cuales acusó al señor (...), desistiendo e incurriendo en varios equívocos que afectaron la práctica de pruebas debidamente peticionadas y por ende el esclarecimiento de la verdad de los hechos acaecidos.

Justamente, no se puede desconocer que se presentaron diversas irregularidades de las cuales la mayoría de ellas se sustentan en la falta de solicitud correcta y por ende de su decreto y práctica de pruebas, como lo es el caso del testimonio del señor (...) y como consecuencia la no incorporación de las llamadas realizadas por los presuntos secuestradores a la señora madre del hoy occiso, aunado al hecho que al ser estas conversaciones grabadas por la señora (...), quien sí rindió su testimonio de cargo y en el cual fue clara en aducir que contaba con el original de las mismas, sin que el representante del ente acusador solicitara en la respectiva audiencia preparatoria que fueran incorporadas con su declaración.

Por el mismo sendero, anomalías tales como el desistimiento por parte tanto de la fiscalía y de la defensa de varias de las pruebas debidamente peticionadas y decretadas- derecho éste que habilitaba al Delegado de la Fiscalía para solicitar tales pruebas-.

Tales constituyen, sin duda, vulneración a los derechos a la verdad y justicia de la aquí víctima, al no haberse logrado con el proceso penal que se surtió llegar a la verdad procesal de lo sucedido, por el contrario, el delegado del ente acusador se quedó corto en el desarrollo de la actividad probatoria que debía desplegar, incurriendo en varias y serias irregularidades que, incluso, fueron puestas de presente en su momento por la defensa de (...) y que sin lugar a dudas conllevan igualmente a un quebrantamiento de la garantía constitucional al debido proceso de las partes.

(...)

Se pregunta la Sala el por qué el ente acusador como vocero de los derechos de las víctimas, pese a tener conocimiento de algunos elementos de conocimiento que soportaban su teoría del caso, por un lado desistió de los mismos y por otro no tuvo la diligencia debida para solicitar, conforme lo dispone el ordenamiento procesal penal, su incorporación, faltando así a su deber de búsqueda de la verdad y materialización de la justicia.

(...)

Entonces, la Fiscalía General de la Nación como titular de la acción penal tiene el deber insoslayable de ejecutar las actuaciones necesarios legales y permitidas dentro de la órbita del ordenamiento jurídico que permitan conocer además de la verdadera ocurrencia de los hechos, quienes son los responsables de los mismos, situación ésta que comprende el derecho a la verdad y justicia de las víctimas.

Por tanto, no puede, en el ejercicio de la acción penal desistir de aquellos elementos de conocimiento que permitan esclarecer los hechos materia de investigación y hallar sus responsables, resultando ésta consideración oportuna para sustentar aún más la posición de la Sala en cuanto a que en el presente caso claro está que las diversas irregularidades presentadas al interior del proceso penal seguido contra el señor (...) quebrantan los derechos que le asisten a los familiares del occiso y a la sociedad en general, consistentes en saber las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que ocurrió el secuestro y posterior muerte del señor (...).

(...)

Adicionalmente, estas irregularidades tuvieron incidencia en el convencimiento propio del A quo, evidenciables en su decisión, a la cual arribó no obstante encontrar demostrada la materialidad de los hechos investigados, por las serias dudas en materia probatoria en relación a la responsabilidad del señor (...) en los mismos.

Empero, si bien por mandato constitucional toda duda debe ser resuelta a favor del procesado en virtud del principio de “*in dubio pro reo*”, lo cierto es que esta garantía constitucional no opera de forma absoluta, por el contrario, es necesario que aquellas vacilaciones que originaron la falta de certeza sobre la responsabilidad del encartado en los delitos por los cuales se adelantó el respectivo proceso, obedezcan a un imposibilidad probatoria de contrarrestar la certidumbre que conllevó a la absolución,...

(...)

En este orden de ideas, la Sala declarará la nulidad de lo actuado desde la audiencia preparatoria,...”

**MAX ALEJANDRO FLÓREZ RODRÍGUEZ**  
*Presidente*

**DORA ELSA USCÁTEGUI LARA**  
*Relatora*