



**RAMA JUDICIAL
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
BOLETÍN 15 DE 31 DE AGOSTO DE 2013**

1. PROVIDENCIAS DE INTERÉS DE ESTA CORPORACIÓN

1.1. Sala Civil

Problema jurídico por resolver. La Sala se centra en verificar de un lado si hubo una simulación en el contrato de compraventa del apartamento 602 ubicado en la calle 70ª No. 1-64 celebrado entre los demandados y de otro si como consecuencia de ésta se debe imponer la sanción de restituir doblada la cosa, con base en el artículo 1824 del código Civil

**“POR LO TANTO, PARA LA SALA EXISTE CERTEZA QUE FUE SIMULADA LA COMPRAVENTA QUE REALIZARON LOS DEMANDADOS, CON RESPECTO AL APARTAMENTO 602 UBICADO EN LA CALLE 70 A NO. 1-64 IDENTIFICADO CON FOLIO DE MATRÍCULA INMOBILIARIA NO. 50C-1202704 MEDIANTE ESCRITURA PÚBLICA NO. 3248 DE 17 DE NOVIEMBRE DE 2006 OTORGADA EN LA NOTARÍA 64 DE BOGOTÁ.
(...)”**

EN EL CASO QUE OCUPA LA ATENCIÓN DE LA SALA, SI BIEN ESTÁ DEMOSTRADO QUE EL SEÑOR CARMELO EDUARDO MEDAGLIA CORRALES OCULTÓ UN BIEN QUE PERTENECÍA A LA SOCIEDAD CONYUGAL, TAL COMO LO CONFIESA EL MISMO EN SU INTERROGATORIO DE PARTE, TAMBIÉN ES NECESARIO LA ACREDITACIÓN DEL OTRO ELEMENTO QUE CONSAGRA EL ARTÍCULO 1824, ESTO ES, QUE HAYA ACTUADO CON DOLO, EL CUAL NO ES PRESUMIBLE Y ES ENTENDIDO COMO LA INTENCIÓN DE PERJUDICAR AL OTRO CÓNYUGE QUE EN ESTE CASO SERÍA LA SEÑORA CARMEN LUCÍA DUQUE JARAMILLO ASÍ LO SEÑALÓ LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA EN SENTENCIA 1 DE ABRIL DE 2009 EXP. 2001-13842-01, EN LA QUE DIJO QUE “CUANDO EL ARTÍCULO 1824 DEL CÓDIGO CIVIL EXPRESA QUE “AQUEL DE LOS DOS CÓNYUGES O SUS HEREDEROS, QUE DOLOSAMENTE HUBIERA OCULTADO O DISTRAÍDO ALGUNA COSA DE LA SOCIEDAD, PERDERÁ SU PORCIÓN EN LA MISMA COSA, Y SERÁ OBLIGADO A RESTITUIRLA DOBLADA.”, RESULTA IMPERIOSO ENTENDER CÓMO PARA EL ÉXITO DE LA PRETENSIÓN ES MENESTER DEMOSTRAR LA OCULTACIÓN O LA DISTRACCIÓN DE ALGÚN BIEN DE LA SOCIEDAD, AL TIEMPO QUE ES TAMBIÉN FORZOSO HACER PATENTE QUE TAL COMPORTAMIENTO HA SIDO ACOMPAÑADO DEL DOLO, COMO QUE LA PENA ESTÁ DESTINADA” (...)

a) La Demanda

Elsa Clemencia Álvarez de Medaglia demandó en proceso ordinario a Carmelo Eduardo Medaglia Corrales e Irma Milena Rosales Méndez para que como pretensión primera principal se declare que el contrato de compraventa que aparece en la escritura pública No. 3248 de 17 de noviembre de 2006 de la Notaría 64 de Bogotá en el cual aparecen como contratantes los señores Carmelo Eduardo Medaglia Corrales e Irma Milena Rosales Méndez es absolutamente simulado;

Como primera subsidiaria que se declare la simulación relativa del contrato a que se refiere el título escriturario citado en la pretensión anterior; como segunda subsidiaria que se declare que en la celebración del contrato de compraventa existió lesión enorme;

Como primera consecencial que se declare que como consecuencia del acogimiento de la primera petición principal, el inmueble objeto del contrato simulado hace parte de la sociedad conyugal formada por los esposos Medaglia Álvarez para efectos de la liquidación correspondiente;

Como segunda consecencial que se declare que el inmueble objeto del contrato simulado formará parte del haber de la sociedad conyugal, para efectos de la liquidación;

Como Tercera Consecencial que como producto de la declaración de cualquiera de las pretensiones primera principal, y primera y segunda subsidiarias, los demandados deberán restituir el bien inmueble a la sociedad conyugal y el pago de los frutos civiles;

Como segunda principal que se condene al demandado Carmelo Eduardo Medaglia Corrales a perder la porción que le pudiera corresponder en los bienes a los cuales se refiere la demanda, e igualmente que se le condene a restituir el valor doblado;

Como tercera principal que se ordene la cancelación de escritura y la anotación número 9 correspondiente en el folio de matrícula inmobiliaria que identifica el inmueble No. 50C-1202704.

b) Los Hechos

Para sustentar sus pretensiones la demandante adujo que ella contrajo matrimonio católico con el señor Carmelo Eduardo Medaglia Corrales el 10 de abril de 1974 y dentro de dicha unión se procreó a Ángel Medaglia Álvarez, el 16 de junio de 1974 y Andrés Medaglia Álvarez, el 10 de febrero de 1979 quien padece de discapacidad.

Además expresó que desde hace varios años Carmelo Eduardo Medaglia e Irma Milena Rosales Méndez iniciaron una relación sentimental dentro de la que procrearon un hijo, quien nació el 9 de septiembre de 1992, llamado Nicolás Medaglia Rosales. Desde la época que los demandados iniciaron la relación extramatrimonial, el demandado permanecía la mayor parte fuera de su hogar conyugal, y la correspondencia, incluida las cuentas de cobro, las cuales llegaban a la calle 70 A No. 1-64 apartamento 602, dirección que corresponde al inmueble objeto del contrato sobre el que se pretende se declare la simulación.

Añadió la demandante, que en el año 2005 la relación conyugal se deterioró bastante, por lo cual decidieron separarse de hecho y solicitó al señor Medaglia que liquidaran la sociedad conyugal, pero éste se negó a hacerlo. Que a comienzos del año 2010 el demandado Carmelo Eduardo Medaglia le manifestó a la señora Álvarez que estaba decidido a irse de la casa, que iniciaran el proceso de divorcio y la liquidación conyugal. Al no encontrar la señora Álvarez en el inventario de los bienes de la sociedad conyugal el apartamento 602 ubicado en la calle 70 A No. 1-64 de Bogotá le pidió explicaciones al señor Medaglia quien manifestó que se lo había vendido a la señora Irma Milena Rosales Méndez y al decirle cual habían sido las condiciones de la venta este expresó que a pesar de

que en la escritura aparecía un precio, la señora Rosales no había pagado un solo peso.

El auto admisorio de la demanda fue notificado a la señora Irma Milena Rosales Méndez quien se opuso a las pretensiones de la demanda y presentó las excepciones de mérito que denominó “FALTA DE LOS REQUISITOS PARA ADELANTAR LA ACCIÓN DE SIMULACIÓN, INEPTITUD DE LA DEMANDA Y PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN”.

El demandado Carmelo Eduardo Medaglia Corrales también se opuso a las pretensiones de la demanda e interpuso la excepción de “COMPRAVENTA DEBIDAMENTE REALIZADA”.

.(...)

La sentencia Impugnada

El juez de primera instancia declaró no probadas las pretensiones de simulación absoluta y subsidiaria de la simulación relativa y declaró indebidamente acumulada la de lesión enorme, igualmente, declaró probadas las excepciones de los demandados, denominadas compraventa debidamente realizada y falta de los requisitos para adelantar la acción de simulación.

Para arribar a esa conclusión, el juez consideró que no existen indicios de la falta de seriedad del negocio jurídico, además que se demostró la celebración del negocio de compraventa entre los demandados.

El recurso

La demandante manifestó que el juez no hizo una valoración debida de los testimonios, considerando que no se le puede restar credibilidad por el hecho de la familiaridad de los mismos debido a que teniendo en cuenta la situación fáctica planteada las personas más cercanas son las que conocen las situaciones con las que se sirve de hecho este proceso.

c) Consideraciones

Es sabido que en la simulación las partes le dan apariencia de real a un negocio jurídico, sin serlo, con la finalidad de generar determinados efectos, esa simulación puede ser absoluta o relativa, en el primer caso el contrato o acto jurídico celebrado es totalmente inexistente, y en la segunda, si bien, las partes dan vida a un negocio jurídico, este ostenta una naturaleza diferente a la que se muestra ante terceros, es decir se presenta una verdad parcial. Así lo precisó la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 6 de mayo de 2009 expediente 2002-00083 en la que dijo *“la simulación absoluta, per se, de suyo y ante sí, envuelve la inexistencia del negocio jurídico aparente. Per differentiam, la simulación relativa, presupone la ineludible existencia de un acto dispositivo diferente al aparente, ya en cuanto hace al tipo negocial, bien en lo atañadero a su contenido, ora en lo concerniente a las partes.”*

También es asunto averiguado que el juez en los procesos de simulación tiene una labor muy exhaustiva debido a que tiene que hacer una valoración de todas las pruebas aportadas en el proceso para llegar a un convencimiento total de la apariencia del negocio jurídico.

En el caso que ocupa la atención de la Sala, si bien existen pruebas que dan cuenta que la señora Irma Milena Rosales Méndez tenía recursos para comprar el apartamento 602 ubicado en la calle 70 A No. 1-64, como son los certificados laborales, también en el proceso existen otras que no fueron valoradas por el

juzgador de primer grado y dan cuenta que hubo una simulación en el contrato celebrado entre los demandados, como son el testimonio de Enrique Santamaría Montoya y la confesión de Carmelo Eduardo Medaglia Corrales, a los cuales, el a quo principalmente en relación con el primero, le restó credibilidad con los argumentos que el testigo era como hermano del demandado y *“denotan cierto afán por corroborar la contestación de la demanda”*, sin percatarse que el demandado al descorrer el traslado de la demanda se opuso a las pretensiones de la demandante y manifestó que *“la escritura pública No. 3248 del 17 de Noviembre de 2006 corrida en la Notaría 64 de este círculo, contiene una compraventa realizada con todo los requisitos entre el señor CARMELO EDUARDO MEDAGLIA CORRALES y la señora IRMA MILENA ROSALESMENDEZ, luego no hay simulación alguna en el negocio que se realizó entre ellos”*, por lo que no es certero afirmar que el testigo esta corroborando los hechos de la contestación de la demanda, además que el relato del señor Medaglia en su interrogatorio de parte constituyen verdadera confesión debido a que favorecen a la parte contraria y pueden producir consecuencias que le son adversas a él.

Por consiguiente, resulta pertinente para esta Sala tener en cuenta las dos pruebas antes mencionadas. En lo que atañe al testimonio del señor Enrique Santamaría Montoya, este manifestó que él se encargó de *“escriturar a nombre de Irma Milena el apartamento”*, también expresó que *“lo que me consta a mí es que Carmelo cuando me llamó me manifestó su deseo de traspasarle la propiedad del apartamento a Irma Milena con el fin de protegerla a ella y a su hijo, entiendo y me consta que no hubo ningún tipo de precio, tampoco hubo contrato de promesa de compraventa y todos los gastos relacionados con la venta que se le hizo a Irma Milena los sufragó Carmelo”*, observa la Sala que este es un testigo directo de los hechos ocurridos, debido a que este se encargó de materializar el negocio jurídico que se efectuó entre el señor Medaglia y la señora Rosales. En lo atinente al interrogatorio de parte realizado al señor Carmelo Eduardo Medaglia Corrales, reitera el Tribunal que existe una verdadera confesión toda vez que este manifestó que *“nunca recibí ni he recibido ningún solo peso por la negociación de ese apartamento yo simplemente en busca de darle la protección a mi hijo Nicolás Medaglia le traspase el apartamento a ella ya que en ese momento Nicolás Medaglia era menor de edad”*.

Ahora bien -como se expresó anteriormente- es innegable que en el caso concreto existen pruebas que acreditan que la señora Rosales tenía condiciones económicas para celebrar el negocio jurídico objeto de censura y que esto puede indicar que la compraventa celebrada es verdadera, pero también es cierto que existen pruebas contundentes que desvirtúan la anterior y que no se pueden desconocer. Por lo tanto, para la Sala existe certeza que fue simulada la compraventa que realizaron los demandados, con respecto al apartamento 602 ubicado en la calle 70 A No. 1-64 identificado con folio de matrícula inmobiliaria No. 50C-1202704 mediante escritura pública No. 3248 de 17 de noviembre de 2006 otorgada en la Notaría 64 de Bogotá.

(...)

En relación con la pretensión segunda principal, dispone el artículo 1824 del Código Civil, que: *“Aquél de los dos cónyuges o sus herederos, que dolosamente hubiere ocultado o distraído alguna cosa de la sociedad, perderá su porción en la misma cosa, y será obligado a restituirla doblada”* teniendo el juez civil competencia para imponer dicha sanción, tal como lo puntualizó la Corte Suprema de Justicia en reiteradas sentencia de Casación Civil, como la del 27 de enero de 2000, exp. 6177, en que dijo:

“El juez competente para imponer la sanción de que trata el artículo 1824 del Código Civil, en aquellos procesos en donde no exista sentencia ejecutoriada, es el civil y no el de familia, porque el legislador no incluyó este tema dentro de aquellos que sí son de competencia de los jueces de familia, a los cuales se refieren los artículos 5° numeral 12 del decreto 2272 de 1989; y 26 de la ley 446 de 1998. “...Debe entonces recalcarse que la aplicación que se hace en este proceso, así como debe hacerse en cualquier otro similar y no culminado con sentencia ejecutoriada, de la ley 446 de 1998, elimina las disquisiciones que otrora eran necesarias para esclarecer el sentido del numeral 12 artículo 5° del decreto 2272 de 1989, siendo por tanto superfluo elucubrar acerca de si, para este caso por ejemplo, la sanción prevista en el artículo 1824 del Código Civil debe ser deducida e impuesta por un juez de familia o no, porque la clara y taxativa directriz que impuso la prenombrada ley interpretativa no la incluye dentro de los asuntos que le asignó a esa especialidad jurisdiccional y su aplicación es inmediata „en la medida en que la voluntad del legislador, tal como la da a conocer la ley interpretativa, hay que tenerla como existente desde entonces”

Valga recordar que por causa de imprecisión legislativa en el numeral 12 del artículo 5° del decreto 2272 de 1989 se generó un problema de demarcación entre la especialidad jurisdiccional civil y la de familia, por falta de claridad en lo concerniente a los derechos sucesorales y el régimen económico del matrimonio. El legislador interpretó con autoridad (artículo 25 del Código Civil), el numeral 12 del artículo 5° del decreto 2272 de 1989, para definir qué asuntos de competencia de la jurisdicción de familia, comprendían el numeral mencionado, para separarlos de los de competencia de la especialidad jurisdiccional civil, para lo cual expidió el artículo 26 de la ley 446 de 1998. De acuerdo con el artículo 14 del Código Civil, debe entenderse como una sola disposición el numeral 12 del artículo 5° del decreto 2272 de 1989 y el artículo 26 de la ley 446 de 1998, porque ésta interpreta a aquella

En el caso que ocupa la atención de la Sala, si bien está demostrado que el señor Carmelo Eduardo Medaglia Corrales ocultó un bien que pertenecía a la sociedad conyugal, tal como lo confiesa el mismo en su interrogatorio de parte, también es necesario la acreditación del otro elemento que consagra el artículo 1824, esto es, que haya actuado con dolo, el cual no es presumible y es entendido como la intención de perjudicar al otro cónyuge que en este caso sería la señora Carmen Lucía Duque Jaramillo así lo señaló la Corte Suprema de Justicia en sentencia 1 de abril de 2009 exp. 2001-13842-01, en la que dijo que “Cuando el artículo 1824 del Código Civil expresa que *“aquel de los dos cónyuges o sus herederos, que dolosamente hubiera ocultado o distraído alguna cosa de la sociedad, perderá su porción en la misma cosa, y será obligado a restituirla doblada.”*, resulta imperioso entender cómo para el éxito de la pretensión es menester demostrar la ocultación o la distracción de algún bien de la sociedad, al tiempo que es también forzoso hacer patente que tal comportamiento ha sido acompañado del dolo, como que la pena está destinada “...a reprimir aquella conducta dolosa del cónyuge con la que se busca defraudar al otro con desmedro de sus intereses en la partición de los bienes sociales, valiéndose ya de actos u omisiones que se acomodan al significado de la ocultación, u ora distraendo bienes, esto es, alejándolos de la posibilidad de ser incorporados en la masa partible...”(sentencia 461 de 14 de diciembre de 1990)”. En relación con este aspecto es preciso resaltar que en el caso concreto no se encuentra demostrado la intención del señor Medaglia de perjudicar a su cónyuge, toda vez que aunque manifestó en su interrogatorio que no hubo venta del bien aquí mencionado, también manifestó que el traspaso de dicho bien a la señora Rosales lo hizo para darle protección a su hijo Nicolás Medaglia, sin que dentro del expediente obre prueba alguna que denote la

intención del demandado de perjudicar a la demandante, por lo tanto no se accederá a la sanción pretendida por la actora.

Puestas de este modo las cosas, se revocará la sentencia impugnada y en su lugar se declarara la simulación absoluta de la señalada compraventa". (...)

FUENTE NORMATIVA: ARTÍCULOS 14, 25, 1766 Y 1824 del C.C.

: ARTÍCULO 5º num. 12 del Decreto 2272 de 1989.

: ARTÍCULO 26 de la Ley 446 de 1998

: Sala de casación Civil Sentencia 27 de enero de 2000, Exp. 6177 y-

: -Sentencia 1º de abril de 2009 Ezp. 2001-13842-01

FECHA

: 2013-08-15

PROCESO

: ORDINARIO SIMULACIÓN (APELACIÓN SENTENCIA)

PONENTE

: Dr. JULIO NÉSTOR ECHEVERRY ARIAS

DEMANDANTE

: ELSA CLEMENCIA ÁLVAREZ DE MEDAGLIA

DEMANDADO

: EDUARDO MEDAGLIA CORRALES e IRMA MILENA ROSALES MÉNDEZ

RADICACIÓN

: 11001-31-03-029-2010-00235-01

DECISIÓN

: REVOCA LA SENTENCIA APELADA

1.2. 1

Sala de Familia

El problema jurídico por resolver la Sala se centra en verificar si entre la demandante y el demandado (fallecido), existió unión marital de hecho, y si se constituyó unión patrimonial no obstante de haber sido liquidada entre los mismos en sentencia de 13 de julio de 2000 emitida por el Juzgado veintidós (22) de Familia.

“POR ELLO ANALIZADAS EN CONJUNTO, TANTO LA PRUEBA TESTIMONIAL COMO LA DOCUMENTAL, ES DECIR LOS INTERROGATORIOS ABSUELTOS POR LOS DEMANDADOS (HIJOS DE LAS PARTES) Y LAS VERSIONES DE LOS TESTIGOS, ES CLARO CONCLUIR QUE EN EFECTO LA PAREJA CONFORMADA POR DERLY TERESA RODRÍGUEZ ESCOBAR Y JULIO EDUARDO ORTÍZ GARCÍA CONTINUARON CONVIVIENDO DE MANERA PERMANENTE Y SINGULAR DESDE EL DÍA 18 DE MARZO DE 1999, HASTA EL 28 DE JUNIO DE 2007, FECHA DEL DECESO DEL COMPAÑERO SEÑOR JULIO EDUARDO ORTÍZ GARCÍA, NO OBSTANTE EXISTIR DECLARACIÓN JUDICIAL DE UNIÓN MARITAL DE HECHO DESDE EL MES DE FEBRERO DE 1973 HASTA EL DÍA 17 DE MARZO DE 1999, SEGÚN DA CUENTA LA COPIA DE LA SENTENCIA PROFERIDA POR EL JUZGADO 22 DE FAMILIA DE ESTA CIUDAD EL DÍA 13 DE JULIO DE 2000 (...)

SUFICIENTES SON LAS ANTERIORES RAZONES PARA QUE PROCEDE LA REVOCATORIA DE LA SENTENCIA APELADA, PARA EN SU LUGAR DECLARAR LA UNIÓN MARITAL DE HECHO QUE TUVO OCURRENCIA ENTRE LA SEÑORA DERLY TERESA RODRÍGUEZ ESCOBAR Y EL SEÑOR JULIO EDUARDO ORTÍZ GARCÍA (FALLECIDO) DESDE EL DÍA 18 DE MARZO DE 1999 HASTA EL DÍA 28 DE JUNIO DE 2007, PUES ES CLARO QUE LOS COMPAÑEROS NUNCA DEJARON DE CONVIVIR, NO OBSTANTE LA SENTENCIA PROFERIDA POR EL JUZGADO 22 DE FAMILIA DE ESTA CIUDAD.

EN CUANTO A LA DECLARATORIA DE EXISTENCIA DE LA SOCIEDAD PATRIMONIAL, LA MISMA NO PROCEDE, TENIENDO EN CUENTA LO PRECEPTUADO EN EL ARTÍCULO 7º DE LA LEY 54 DE 1990, YA QUE A LA LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD PATRIMONIAL ENTRE COMPAÑEROS PERMANENTES SE APLICA LO PRECEPTUADO EN EL ARTÍCULO 1820 DEL CÓDIGO CIVIL, ES DECIR QUE LOS CITADOS COMPAÑEROS PERMANENTES,

QUIENES SE REITERA, NUNCA DEJARON DE CONVIVIR, LIQUIDARON SU SOCIEDAD PATRIMONIAL, LA CUAL SE ORIGINÓ PRODUCTO DE LA CONVIVENCIA MARITAL, POR ENDE AL HABERSE LIQUIDADO LA MISMA NO PUEDE NACER NUEVAMENTE TAL SOCIEDAD PATRIMONIAL". (...)"

a) La Demanda

Por intermedio de mandatario judicial, la señora DERLY TERESA RODRÍGUEZ ESCOBAR, instaura demanda en contra de los herederos indeterminados de JULIO EDUARDO ORTÍZ GARCÍA y contra herederos determinados, JULIO EDUARDO ORTÍZ RODRÍGUEZ Y JULIO ANDRÉS ORTÍZ RODRÍGUEZ, para que por los trámites del proceso ordinario, se declare la constitución y existencia de unión marital de hecho entre el causante y la demandante y consecuencial disolución y liquidación de sociedad patrimonial.

b) Los Hechos

Que entre el señor JULIO EDUARDO ORTÍZ y la señora DERLY TERESA RODRÍGUEZ ESCOBAR, sin ser casados entre si, ni con tercera persona, existió una unión marital de hecho permanente y singular por más de dos (2) años a partir del día 18 de marzo de 1999 hasta el 28 de junio del 2007, fecha en la cual falleció el compañero permanente.

Que entre los contrayentes, ya había existido con anterioridad una unión marital de hecho decretada mediante Sentencia del 13 de julio de 2000 proferida por el juzgado 22 de Familia de Bogotá, desde el mes de febrero de 1973 hasta el día 17 de marzo de 1999.

Que, no obstante al fallo proferido por el Juzgado 22 de Familia de Bogotá, los contrayentes nunca dejaron de convivir de manera permanente y singular.

Que dentro del proceso para declarar la existencia de la unión marital de hecho entre el señor JULIO EDUARDO ORTÍZ y la señora DERLY TERESA RODRÍGUEZ impetrado ante el Juzgado 22 de Familia de Bogotá, las partes acudieron de común acuerdo, con motivos e intereses comunes.

Dentro de la aludida unión entre el señor JULIO EDUARDO ORTÍZ y la señora DERLY TERESA RODRÍGUEZ, fueron concebidos tres hijos, JULIO EDUARDO, JULIO ANDRÉS Y JULIO CÉSAR, todos mayores de edad y el último mencionado falleció en el mes de septiembre de dos mil ocho (2008).

Que durante el tiempo de convivencia entre los compañeros hasta antes del fallecimiento del señor JULIO EDUARDO ORTÍZ, se mostró ante la sociedad, familia y amigos en común, que verdaderamente existía una relación de esposos, los cuales asistían junto con sus hijos a eventos sociales, fijaron un lugar de residencia familiar permanente, administraron juntos un negocio comercial, viajaron a la ciudad de Cali en aras de cubrir un tratamiento médico para uno de sus hijos, teniendo que residir un tiempo en dicha Ciudad, entre otras.

La señora DERLY TERESA RODRÍGUEZ ESCOBAR junto con sus hijos, recibieron el cuerpo sin vida del señor JULIO EDUARDO ORTÍZ, siendo ella, su compañera permanente, quien cubrió todos los gastos fúnebres.

Posterior a la muerte del señor JULIO EDUARDO ORTÍZ, fueron requeridos a título de acreedores, la señora DERLY TERESA RODRÍGUEZ ESCOBAR y sus hijos JULIO EDUARDO Y JULIO ANDRÉS, para el pago de las obligaciones que en vida

había adquirido el causante, las cuales fueron canceladas en parte, con la venta del apartamento adjudicado a la señora TERESA RODRÍGUEZ ESCOBAR, como consecuencia de la disolución y posterior liquidación de la sociedad patrimonial decretada mediante sentencia del 13 de julio del 2000, proferido por el Juzgado veintidós (22) de Familia de Bogotá.

Que durante el tiempo de convivencia y como consecuencia, la respectiva Unión Marital de Hecho entre el señor JULIO EDUARDO ORTÍZ GARCÍA y la señora TERESA RODRÍGUEZ ESCOBAR, se formó una Sociedad Patrimonial integrada por varios bienes que requieren de su liquidación y posterior partición.

Que el señor JULIO EDUARDO ORTÍZ GARCÍA, sostuvo una relación amorosa con la señora ANGÉLICA ANDREA VILLAREAL TAVERA, quien conocía de la existencia de la señora DERLY TERESA RODRÍGUEZ ESCOBAR como su compañera permanente.

La señora ANGÉLICA ANDREA VILLAREAL TAVERA inició proceso para la declaración de existencia de unión marital de hecho y conjuntamente la disolución y liquidación de la sociedad patrimonial contra el señor JULIO EDUARDO ORTÍZ GARCÍA ante el juzgado Tercero (3) de Familia de Bogotá, con número de Radicado 07-0824, no obstante no tiene suficientes elementos probatorios y fundamento jurídico.

TRÁMITE PROCESAL

Por virtud de reparto correspondió conocer de la demanda presentada el día dieciséis (16) de junio de dos mil ocho (2008), ante el Juzgado Quince (15) de Familia de Bogotá, siendo subsanada en diferentes oportunidades y admitida el día veinticinco (25) de noviembre de dos mil ocho (2008), en los que se dispuso la notificación al extremo pasivo y previo a resolver sobre las medidas cautelares solicitadas, la parte actora preste caución por la suma de CIENTO OCHENTA MILLONES NOVECIENTOS NOVENTA Y CUATRO MIL PESOS (\$180.994.000.00).

Una vez fueron notificados personalmente los herederos determinados sobre el auto admisorio de la demanda, procedieron a dar contestación de la misma dentro de la oportunidad procesal y a través de apoderado judicial, manifestaron aceptar los hechos con excepción al hecho décimo tercero y décimo cuarto, el cual aducen no constarles y no se oponen a las pretensiones por cuanto ellas son ciertas y tienen respaldo probatorio.

(...)

LA SENTENCIA APELADA

La instancia se decide el diecisiete (17) de abril de dos mil trece (2013), negando la pretensiones de la demanda y condenando a la parte actora, a pagar las costas causadas con la tramitación del proceso.(...)

SOBRE LA IMPUGNACIÓN DEL FALLO:

En desacuerdo con lo resuelto, la parte demandante apela el fallo, aduciendo que el Ad quo desestimó las pretensiones de la demanda, tras considerar que el conjunto del material probatorio no cumple con los requisitos que permitan determinar que dentro del periodo pretendido existió unión marital de hecho entre el señor JULIO EDUARDO ORTÍZ y la señora DERLY TERESA RODRÍGUEZ ESCOBAR pues, los testimonios allegados por la parte actora, estos no cumplieron con el propósito de dar cuenta cierta de la convivencia de la pareja de forma

permanente y singular y en cuanto a la declaratoria judicial de la misma, se presentan respuestas evasivas y contradictorias.
(...)

c) Consideraciones

Se procede a analizar si en efecto y tal como lo argumenta la parte recurrente se hayan configurados los elementos constitutivos de la unión marital de hecho, a través del material probatorio recaudado y al cual se hizo alusión anteriormente.

Por ello analizadas en conjunto, tanto la prueba testimonial como la documental, es decir los interrogatorios absueltos por los demandados (hijos de las partes) y las versiones de los testigos, es claro concluir que en efecto la pareja conformada por DERLY TERESA RODRÍGUEZ ESCOBAR y JULIO EDUARDO ORTÍZ GARCÍA continuaron conviviendo de manera permanente y singular desde el día 18 de marzo de 1999, hasta el 28 de junio de 2007, fecha del **deceso** del compañero señor JULIO EDUARDO ORTÍZ GARCÍA, no obstante existir declaración judicial de unión marital de hecho desde el mes de febrero de 1973 hasta el día 17 de marzo de 1999, según da cuenta la copia de la sentencia proferida por el Juzgado 22 de Familia de esta ciudad el día 13 de julio de 2000.

Aunado a lo anterior obra documental que reafirma dicha convivencia durante el lapso del mes de marzo de 1999 hasta el día 28 de junio de 2007 entre los compañeros permanentes, tales como la fotocopia auténtica de la póliza de Seguro de vida No. de SURAMERICANA Y CONAVI, tomada por el señor JULIO ORTÍZ GARCÍA, con inicio de vigencia el día 12 de diciembre de 2003, incluyendo como beneficiaria en un 25% a la señora DERLY TERESA RODRÍGUEZ ESCOBAR en su condición de “esposa”, al igual que la manifestación que hace el señor JULIO EDUARDO ORTÍZ GARCÍA al momento de instaurar el incidente de desacato para que hijo JULIO CÉSAR sea incluido en la lista de pacientes de trasplante, según lo ordenado en la tutela, al indicar “*Hago esta solicitud señora Juez, teniendo en cuenta que mi esposa y mi hijo se encuentran en Cali...*”. En relación con Copia en fax (ya borrado) correspondientes a la actualización de datos de clientes CONAVI, del señor JULIO EDUARDO ORTÍZ GARCÍA, donde a trasluz se observa que en la casilla correspondiente a datos de cónyuge o compañera permanente suministra el nombre de la demandante señora DERLY TERESA RODRÍGUEZ ESCOBAR

Obra igualmente documental a través de la cual el causante señor JULIO EDUARDO ORTÍZ GARCÍA, al momento de efectuar actualización de datos de clientes CONAVI, reporta en la casilla correspondiente a datos de cónyuge o compañera permanente el nombre de la demandante señora DERLY TERESA RODRÍGUEZ ESCOBAR, documento que no es tenido en cuenta para resolver la apelación, pues está casi borrado y no hay posibilidad de observar la fecha en que se efectuó dicha actualización de datos, para colegir si corresponde al periodo respecto del cual se solicita la presente declaratoria de unión marital de hecho.

Suficientes son las anteriores razones para que procede la revocatoria de la sentencia apelada, para en su lugar declarar la unión marital de hecho que tuvo ocurrencia entre la señora DERLY TERESA RODRÍGUEZ ESCOBAR y el señor JULIO EDUARDO ORTÍZ GARCÍA (fallecido) desde el día 18 de marzo de 1999 hasta el día 28 de junio de 2007, pues es claro que los compañeros nunca dejaron de convivir, no obstante la sentencia proferida por el Juzgado 22 de Familia de esta ciudad.

En cuanto a la declaratoria de existencia de la sociedad patrimonial, la misma no procede, teniendo en cuenta lo preceptuado en el artículo 7º de la Ley 54 de 1990,

ya que a la liquidación de la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes se aplica lo preceptuado en el artículo 1820 del Código Civil, es decir que los citados compañeros permanentes, quienes se reitera, nunca dejaron de convivir, liquidaron su sociedad patrimonial, la cual se originó producto de la convivencia marital, por ende al haberse liquidado la misma no puede nacer nuevamente tal sociedad patrimonial.

Se ordenará la inscripción del fallo en el registro de nacimiento de los compañeros, así como en el libro de varios, teniendo en cuenta la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil de la Honorable Corte Suprema de Justicia¹.. (...)

FUENTE NORMATIVA :	LEY 54 DE 1990
	: ARTÍCULO 22 DECRETO 1260 DE 1970
	: ARTÍCULO 1° DECRETO 2158 DE 1970
	: ARTÍCULO 19 numeral 1° LEY 1395 DE 2010
	: ARTÍCULO 1820 de C.C.
	: ARTÍCULO 360 del C.P.C.
	: Auto del 18 de junio de 2008 M.P. Jaime Alberto Arrubla Paucar
	: de la Sala de Casación Civil Corte Suprema de Justicia
FECHA	: 2013-08-09
PROCESO	: ORDINARIO UNIÓN MARITAL DE HECHO (Apelación sentencia)
PONENTE	: Dr. ÓSCAR MAESTRE PALMERA
DEMANDANTE	: DERLY TERESA RODRÍGUEZ ESCOBAR
DEMANDADO	: HEREDEROS DE JULIO EDUARDO ORTIZ GARCÍA
RADICACIÓN	: 6353
DECISIÓN	: REVOCA LA SENTENCIA APELADA

1.3 Sala Laboral

1.3.1

Problema jurídico por resolver. La Sala se centra en establecer si entre el demandante y la Unión Temporal Optimun existió contrato de trabajo y como consecuencia de las pólizas tomadas para garantizar los riesgos de los contratos debe responder solidariamente GENSA S.A. ESP. Por los salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones respecto de ese contrato.

“EN EL SUB LITE, GENSA S. A. ESP LLAMÓ EN GARANTÍA A ROYAL & SUN ALLIANCE S. A., FOLIOS 162 A 163, CON ARREGLO A LAS PÓLIZAS TOMADAS POR UNIÓN TEMPORAL OPTIMUM, PARA GARANTIZAR LOS RIESGOS DE LOS CONTRATOS SUSCRITOS, COMO SE RESEÑÓ EN PRECEDENCIA, ENTONCES, LA ASEGURADORA ENTRA A RESPONDER POR LA OBLIGACIÓN IMPUESTA A LA LLAMANTE, DADO QUE, SE ESTABLECIÓ LA RESPONSABILIDAD SOLIDARIA DE GENSA S. A. ESP, EN CUANTO A SALARIOS, PRESTACIONES SOCIALES E INDEMNIZACIONES RESPECTO AL CONTRATO DE TRABAJO QUE EXISTIÓ ENTRE EL DEMANDANTE HÉCTOR HERNANDO ORTEGA VARGAS Y LA UNIÓN TEMPORAL OPTIMUM, VIGENTE DEL 28 DE NOVIEMBRE DE 2008 AL 18 DE SEPTIEMBRE DE 2009.
(...)

1 Sobre el punto, la Corte Suprema de Justicia, en auto del 18 de junio de 2008, cuyo Magistrado Ponente fuera el doctor Jaime Alberto Arrubla Paucar, expresó lo siguiente: “La ley, es cierto, no designa expresamente a la unión marital de hecho como un estado civil, pero tampoco lo hace con ningún otro, simplemente los enuncia, aunque no limitativamente, y regula, como acontece con los nacimientos, matrimonios y defunciones, y lo propio con la referida unión. Por ello, el artículo 22 del Decreto 1260 de 1970, establece que los demás ‘hechos, actos y providencias judiciales o administrativas relacionadas con el estado civil’, en todo caso, ‘distintos’ a los que menciona, deben inscribirse, al igual que éstos, en el registro respectivo, así sea en el libro de varios de la notaría, como lo permite el artículo 1º. del Decreto 2158 de 1970”.

a) Demanda:

El actor demandó salarios, auxilio de cesantía con intereses anuales y las sanciones por falta de consignación y pago, respectivamente, primas de servicios, vacaciones, indemnización moratoria y, *ultra y extra petita*.

b) Hechos:

Fundamentó sus pedimentos, en síntesis, en que la Unión Temporal Optimum conformada por Optimum Integral S. A. y Giga Servicios S. A., suscribió el contrato 114 de 2008 con Gestión Energética S. A. ESP - GENSA S. A., designando como interventor a G.P.I. Gerencia en Proyectos de Ingeniería Ltda., suscribiendo al efecto la póliza 25290 de 2009 vigente hasta 2012, con la aseguradora RSA Royal and Sun Alliance Seguros Colombia S. A., para garantizar el cumplimiento de las obligaciones laborales. La Unión Temporal Optimum contrató en forma verbal al demandante para ejercer el cargo de Coordinador de Obra, pero, por disposición del Director del Proyecto, los pagos se le hacían como Coordinador de Obra y por Control de Almacén; labor que realizó del 28 de noviembre de 2008 al 18 de septiembre de 2009, data en que renunció por falta de pago de salarios y prestaciones; el 01 de noviembre de 2009, la unión temporal lo llamó para solucionar las diferencias y continuar trabajando, con la condición que a la terminación de la obra se le pagaría la totalidad de lo adeudado y, un salario mensual de \$4'500.000.00, vínculo que se mantuvo hasta el 30 de mayo de 2010, cuando concluyó la obra contratada con GENSA. La enjuiciada efectuó los aportes a seguridad social y parafiscales sobre el salario mínimo legal vigente; además, le adeuda los salarios de 28 de noviembre de 2008 a 18 de septiembre de 2009, de 01 de noviembre de 2009 a 30 de mayo de 2010, auxilio de cesantía, intereses, primas de servicios y vacaciones de todo el tiempo de servicio. Por solicitud de la empresa asistió a la ciudad de Ocaña en julio de 2010 para arreglar daños en la obra, sin que le hubiera cancelado los diez días laborados; en septiembre de esa anualidad, se había trasladado a la misma ciudad para gestionar autorizaciones de pago a proveedores, actividad que requirió su presencia también por diez días, sin que hubiera recibido salario por tal concepto; el contrato 114 de 2008 fue liquidado en forma definitiva, sin los requisitos establecidos en la Ley 80 de 1993, ni los paz y salvos correspondientes, folios 3 a 10 y 68 a 69.

RESPUESTAS A LA DEMANDA

Al contestar el *libelo incoatorio*, Gestión Energética S. A. Empresa de Servicios Públicos - GENSA S. A. ESP, se opuso a la prosperidad de las pretensiones; en cuanto a los hechos, admitió los relacionados con el contrato de prestación de servicios 114 de 2008. En su defensa propuso las excepciones de inexistencia de la relación laboral, inexistencia de causalidad entre el contrato de obra y la declaratoria de existencia de contrato trabajo y, la genérica, folios 103 a 107. Llamó en garantía a la Compañía La Previsora S.A., folios 147 a 148 y, a la Compañía Royal & Sun Alliance Seguros S.A., folios 162 a 163 y 390 a 391.

Giga Servicios S. A., rechazó los pedimentos, en relación con la situación fáctica, aceptó el contrato con Optimum Integral S. A., su objeto, la constitución de la póliza de cumplimiento de acreencias laborales y, la vinculación del actor mediante contrato de prestación de servicios. Presentó como excepciones las de inexistencia del contrato laboral, cobro de lo no debido, mala fe, prescripción y la genérica, folios 171 a 176 y 392 a 393.

Royal & Sun Alliance Seguros S. A., contestó la demanda y el llamamiento en garantía, objetó las pretensiones, admitió la póliza invocada y expresó no constarle los hechos por ser ajena a la relación entre las partes. Propuso las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva frente a las pretensiones formuladas contra Gestión Energética S. A. y Royal & Sun Alliance Seguros Colombia S. A., inexistencia y/o sobreestimación de los conceptos reclamados, cobertura circunscrita a las condiciones especificadas y, no cobertura por los hechos fundamento del proceso, 178 a 197, folios 368 a 389.

Unión Temporal Optimum, se opuso a los pedimentos, aceptó que firmó el contrato de servicios y sus términos con GENSA S. A., así como la conformación de la unión temporal. Propuso la excepción de inexistencia de un contrato de trabajo, 244 a 247.

La Previsora S. A. Compañía de Seguros, respondió la demanda y el llamamiento en garantía, también se opuso a la prosperidad de las pretensiones y, dijo que no le constaban los hechos; en su defensa propuso las excepciones de improcedencia de la obligación condicional a cargo de la aseguradora por inexistencia del contrato de seguro, falta de legitimación en la causa por pasiva, folios 403 a 420.

En cuanto a Optimum Integral S. A., se dio por no contestada la demanda, folio 422.

Decisión de primera instancia

El Juzgado de conocimiento absolvió de las pretensiones a las enjuiciadas y, condenó en costas al actor, folios 454 a 461.

Recurso de apelación

Inconforme con la decisión anterior, la parte demandante interpuso recurso de apelación, en el que en resumen expuso, que el contrato de trabajo existe cuando se presentan sus elementos esenciales, prestación personal del servicio, subordinación y remuneración; el demandante no podía tomar determinación alguna si no estaba ordenada por su superior, no tenía autonomía técnica, administrativa ni financiera, así lo demuestran los giros enviados por la empresa con instrucciones precisas de inversión, las órdenes y los sitios donde debía laborar, además, los elementos con los que desarrollaba la labor eran suministrados por el contratante; igualmente recibía el pago de salario. El contrato de prestación de servicios debe constar por escrito, determinar una obligación clara de hacer algo; los aportes a salud, ARP y pensiones los hizo la unión temporal. Tampoco aportó el pago del impuesto de retención en la fuente, obligatorio en los contratos de prestación de servicios, lo que reafirma una verdadera relación laboral, folios 462 a 464.

c) Consideraciones:

Afirma el accionante que prestó servicios a la Unión Temporal Optimum conformada por Optimum Integral S. A. y Giga Servicios S. A. del 28 de noviembre de 2008 al 18 de septiembre de 2009 y, del 01 de noviembre de 2009 al 30 de mayo de 2010, en el cargo de Coordinador de Obra.

La sociedad Gestión Energética S. A. GENSA S. A., dijo que suscribió el contrato de prestación de servicios 114 - 2008 con la Unión Temporal Optimum, liquidado por

Acta de 16 de diciembre de 2010, en la que se relacionó un pasivo de \$10'810.000.00, para cancelar al demandante; giró esos dineros el siguiente día 22, por tanto, la obligación de pago corresponde a la Unión Temporal Optimum.

Pues bien, con arreglo al artículo 23 del CST, para que exista contrato de trabajo se requiere que concurren tres elementos esenciales: (i) la actividad personal del trabajador, (ii) la continuada subordinación o dependencia de este respecto del empleador y, (iii) un salario como retribución del servicio.

En los términos del artículo 24 del ordenamiento en cita, se presume que toda relación de trabajo personal se encuentra regida por una vinculación contractual laboral, tema sobre el que la Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria ha explicado:

“... de acuerdo con reiterada jurisprudencia de esta Sala, demostrada la prestación personal del servicio, obra la presunción a favor de quien lo ejecutó, y le incumbe al patrono demostrar que la relación fue independiente y no subordinada. Acreditado el hecho en que la presunción legal se funda, queda establecido que ese trabajo fue dependiente o subordinado, mientras la contraparte no demuestre lo contrario....” 2

(...)

Con apoyo en las piezas procesales y, en los medios de convicción reseñados en precedencia, queda establecida la prestación personal del servicio del demandante como Coordinador de la obra Proyecto Catatumbo, en virtud del contrato 114 - 2008 suscrito entre Gestión Energética S. A. ESP - GENSA S. A. y la Unión Temporal Optimum para el suministro, transporte, montaje, puesta a tierra e instalación de las estructuras, tendido, tensionado de redes y cualquier otro accesorio requerido, así como todas las actividades necesarias para la electrificación rural en las veredas Hoyo Pilón, San Luis, Bella Vista del municipio de Abrego y las veredas Aguadas, el Reventón y Mesa Rica II del municipio de La Playa, departamento de Norte de Santander, folios 126 a 137; así como la remuneración por su labor, como dan cuenta los desprendibles de pago referidos y la certificación visible a folio 37.

Demostrados los servicios personales referidos, obra a favor del libelista la presunción que dicha labor estuvo regida por un contrato de trabajo, correspondiéndole al empleador, probar que la relación fue independiente y sin subordinación, es decir, acreditar el hecho contrario al presumido, situación que no alcanza a materializarse arguyendo que aquel estuvo vinculado mediante contrato verbal de prestación de servicios.

Y es que, si bien de los testimonios recaudados, no se pueden extraer específicas conductas de subordinación por no haber presenciado los deponentes que el actor recibiera órdenes directas de alguno de los representantes de la empleadora, no se puede pasar por alto la afirmación de éstos, según la cual, en calidad de empleados de la unión temporal recibían el pago de salarios del convocante, quien les transmitía las funciones y labores a realizar señaladas desde Bogotá por los directivos de la empresa, hechos que no fueron desvirtuados por las demandadas, parte que además, tenía la carga de desvirtuar la presunción de la existencia contrato de trabajo. En adición a lo anterior, de la certificación de folio 37 se extrae la labor realizada por Ortega Vargas, con indicación de cargo y salario mensual, documento que no fue tachado ni redargüido, medios de convicción que permiten a la Sala concluir la existencia de un verdadero contrato de trabajo.

2 G.J. XCIV, 347 y XCVIII, 257.

Además, la coordinación de una obra de la magnitud de la contratada por GENSA con las restantes demandadas, impone actividades en diferentes veredas y municipios, como lo refirieron los testigos y se infiere del contrato 114 de 2008, por tanto, exige el traslado permanente de quien ejerce la labor de coordinación, entonces, resulta razonable que el accionante no estuviera en uno solo de los centros o sitios de trabajo. Además, dar mayor valor a las cuentas de cobro presentadas por el accionante y, a las reclamaciones que este presentaba, en las que no mencionó salarios o prestaciones sociales, equivale a hacer prevalecer la forma sobre la realidad.

En punto al principio de la primacía de la realidad y la presunción de que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo, es pertinente traer a colación la sentencia 40011 de 14 de agosto de 2012, en la que la Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria explicó:

“De nada habría servido darle prelación a la realidad, inclusive en la Constitución, si el legislador no hubiese facilitado al trabajador la prueba de la subordinación, elemento diferenciador de la relación del contrato de trabajo con otras. Teniendo en cuenta esto, la Corte tiene enseñado:

‘...para la configuración del contrato de trabajo se requiere que en la actuación procesal esté demostrada la actividad personal del trabajador a favor de la demandada, y en lo que respecta a la continuada subordinación jurídica, que es el elemento característico y diferenciador de toda relación de carácter laboral, no es menester su acreditación con la producción de la prueba apta, cuando se encuentra evidenciada esa prestación personal del servicio, ya que en este evento lo pertinente, es hacer uso de la presunción legal prevista en el artículo 24 del C. S del T., que para un caso como el que ocupa la atención de la Sala, sería en su versión posterior a la sentencia de la Corte Constitucional C-665 del 12 de noviembre de 1998 que declaró inexecutable su segundo inciso, esto es, en los términos vigentes para el momento de la ruptura del vínculo (1° de marzo de 1999) que consagró definitivamente que ‘Se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo’.

Lo anterior significa, que al actor le basta con probar la prestación o la actividad personal, para que se presuma el contrato de trabajo y es a la empleadora a quien le corresponde desvirtuar dicha presunción con la que quedó beneficiado el operario³.

De lo anterior se extrae que probada la prestación personal del servicio, la subordinación se presume.

Por ende, muy poco le sirve al demandado, para exonerarse de las obligaciones propias del contrato de trabajo, la aceptación de la prestación del servicio de manera continua con la sola negativa de la existencia del contrato de trabajo, o la sola afirmación de que se trató de un contrato de distinta naturaleza.

Si el demandado acepta la prestación del servicio, pero excepciona que lo fue mediante un contrato civil, como sucedió en el sub lite, le allana el camino al demandante para ubicarse en el supuesto de hecho contenido en el artículo 24 del CST y ampararse en la presunción de que se trató de un contrato laboral. En cuyo evento, el demandado tiene a su cargo desvirtuar la presunción mediante pruebas

que demuestren, con certeza, el hecho contrario del elemento de la subordinación, es decir que la prestación personal del servicio se dio de manera independiente.

En este caso el juez debe proceder al análisis probatorio teniendo en cuenta, como lo ha dicho de antaño la jurisprudencia, ‘...que no ha sido extraño para la jurisprudencia y la doctrina que en muchas ocasiones se pretende desconocer el contrato de trabajo, debiéndose acudir por el Juzgador al análisis de las situaciones objetivas presentadas durante la relación, averiguando por todas las circunstancias que rodearon la actividad desarrollada desde su iniciación, teniendo en cuenta la forma como se dio el acuerdo de voluntades, la naturaleza de la institución como tal, si el empleador o institución a través de sus directivos daba órdenes perentorias al operario y como las cumplía, el salario acordado, la forma de pago, cuáles derechos se reconocían, cuál horario se agotaba o debía cumplirse, la conducta asumida por las partes en la ejecución del contrato etc., para de allí deducir el contrato real, que según el principio de la primacía de la realidad, cuando hay discordia entre lo que se ocurre en la práctica y lo que surge de documentos y acuerdos, debe darse preferencia a lo primero, es decir, a lo que sucede en el terreno de los hechos.

Quiere decir lo anterior que la relación de trabajo no depende necesariamente de lo que las partes hubieren pactado, sino de la situación real en que el trabajador se encuentra colocado. Es por ello que la jurisprudencia y la doctrina a la luz del artículo 53 de la Carta Política, se orientan a que la aplicación del derecho del trabajo dependa cada vez menos de una relación jurídica subjetiva, cuando de una situación objetiva, cuya existencia es independiente del acto que condiciona su nacimiento aparecen circunstancias claras y reales, suficientes para contrarrestar las estipulaciones pactadas por las partes, por no corresponder a la realidad presentada durante el desarrollo del acto jurídico laboral.

Y es evidente que al aplicar el mencionado principio, lo que se busca es el imperio de la buena fe que debe revestir a todos los contratos, haciendo que surja la verdad real, que desde luego en el litigio tendrá que resultar del análisis serio y ponderado de la prueba arrojada a los autos, evitando la preponderancia de las ficciones que con actos desleales a la justicia, tratan de disimular la realidad con el objeto de eludir el cumplimiento de las obligaciones legales, contractuales o convencionales.”

Ahora, arguyó el accionante que prestó sus servicios del 28 de noviembre de 2008 al 18 de septiembre de 2009, como da cuenta la certificación visible a folio 37 y la comunicación de retiro que obra a folio 52 a 53, que, regresó del 01 de noviembre de 2009 al 30 de mayo de 2010; sin embargo, no aparece medio de convicción alguno que respalde la prestación de servicios en el último periodo mencionado, diferente a los requerimientos que él dirigió a su empleador, así como las cuentas de cobro del 14 de octubre de 2010 por alquiler de herramienta, pago de alimentación, gasolina y suministro de poste de madera por \$1'800.000.00, folio 266 y, otra de coordinación de obra y auxilio de transporte proyecto Catatumbo del 01 al 28 de febrero de 2010, folios 268 a 269, aportadas por OPTIMUM INTEGRAL S.A., decretadas de oficio por el juzgado de conocimiento, CD folio 438, que por su carácter insular impiden a la Sala entender la prestación ininterrumpida aducida en la demanda, motivo por el cual se abordará el estudio de las pretensiones con base en los extremos inicialmente mencionados.

La Sala tomará un salario de \$4'000.000.00 que se conforma con el promedio de lo pagado por los servicios de coordinación y control de almacén que mensualmente eran cancelados al libelista en el año 2009, para los meses de enero, folios 345 y 353; febrero, folio 341; marzo, folios 329 y 333; abril, folios 318 y 322; mayo, folios

310 y 314; junio, folios 298 y 302; julio, folios 282 y 286; agosto, folio 274; en 2008, diciembre, folio 361 y; noviembre, folios 357.

(...)

SALARIOS

De acuerdo con lo acreditado en el proceso, se condena a la demandada al pago de la suma de \$10'860.000.00 por los salarios adeudados teniendo en cuenta la reclamación presentada por el trabajador el 18 de septiembre de 2009, folios 52 a 53, que señala las cuentas pendientes por pagar, de lo que se deduce el cubrimiento de las restantes, anteriores a esa data. No se condena al pago de las solicitadas a partir de noviembre de 2009, pues, no se demostró la prestación del servicio en ese periodo de tiempo.

AUXILIO DE CESANTÍA – PRIMAS DE SERVICIOS - VACACIONES

No se acreditó en el proceso el pago de los conceptos de la referencia, en consecuencia, se condena a las demandadas a pagar por auxilio de cesantía la suma de \$3'277.777.00 y por intereses a las cesantías el valor de \$322.314.00.

Por prima de servicios se impone \$3'088.888.00 y por vacaciones \$1'638.888.00.

INDEMNIZACION MORATORIA

Como lo ha reiterado la jurisprudencia, esta sanción no es de aplicación automática, ya que, para su imposición se debe tener en cuenta la buena o mala fe con la que actuó la empleadora.

En efecto, cuando se discute la existencia del contrato de trabajo, la jurisprudencia ha admitido la validez de esa circunstancia en algunos casos, para eximir de la moratoria prevista en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo y en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, así lo adocrinó en la sentencia 35414 de 21 de abril de 2009:

“Lo anterior significa, que como de tiempo atrás se ha venido sosteniendo, la aplicación de la indemnización moratoria para cualquiera de los dos eventos que ocupan la atención a la Sala, no es automática ni inexorable, y por ende en cada asunto a juzgar el sentenciador debe analizar si la conducta remisa del empleador estuvo o no justificada con argumentos que pese a no resultar viables o jurídicamente acertados, sí puedan considerarse atendibles y justificables, en la medida que razonablemente lo hubiese llevado al convencimiento de que nada adeudaba por salarios o derechos sociales, lo cual de acreditarse conlleva a ubicar el actuar del obligado en el terreno de la buena fe, y en este caso no procedería la sanción prevista en los preceptos legales referidos.

Bajo esta órbita, se tiene que el Tribunal al examinar la conducta de la empleadora demandada y encontrar demostradas las circunstancias en que aquella fundó su firme convicción de no estar frente a un contrato de trabajo respecto del demandante, lo cual se erige como suficiente para brindar apoyo a una conducta de buena fe, indefectiblemente conduce a concluir que la interpretación que le imprimió dicho juzgador a las disposiciones legales de marras, esto es, los artículos 99 numeral 3° de la Ley 50 de 1990 y 65 del C. S. del T., se aviene a las orientaciones jurisprudenciales que constituyen su correcta hermenéutica jurídica.

Es menester aclarar que se equivoca el censor cuando asevera, que al probarse dentro de la contienda judicial el contrato de trabajo, en desarrollo del principio de la primacía de la realidad y no aceptarse la posición de la demandada sobre la inexistencia del vínculo laboral, necesariamente se ha de tener su actuar como caprichoso y revestido de malicia; habida cuenta que de la misma forma como se ha adoctrinado que la simple negación de la relación laboral no exonera per se al empleador de la indemnización moratoria, tampoco la demostración del contrato de trabajo trae consigo inexorablemente la mala fe de la demandada.

*En efecto, la **imposición** de la condena por indemnización moratoria cuando se discute la existencia del contrato de trabajo no depende exclusivamente de su declaración, así como tampoco su **absolución** de la negación del vínculo laboral; pues en ambos casos se requiere del examen de la conducta del empleador, y si la postura de la demandada resulta fundada y acompañada de pruebas que obren en el proceso, de forma que así no logre desvirtuar el nexo contractual, tenga plena justificación, es factible exonerarla de esa drástica sanción, como en el sub lite ocurrió.”*

Por consiguiente, que si bien el ad quem infirió correctamente la existencia de la relación laboral, no por ello simplemente estaba obligado a impartir condena por indemnización moratoria como lo sugiere la censura, con mayor razón cuando se coligió la buena fe de la accionada del proceder asumido desde el principio de la litis de negar con razones, si bien no acertadas en estricto sentido jurídico, si avenidas con lo que puede estimarse <atendible> por estar fincadas en una convicción de estar actuando válidamente o en derecho.”

En el examine, analizada la conducta remisa de la demandada, la Sala encuentra acreditada su buena fe con las cuentas de cobro por servicios de obra, de alquiler de vehículo, de coordinación de proyecto, de control de almacén, instrumentos que evidencian que en desarrollo de su relación las partes utilizaban términos propios de una vinculación contractual diferente a la laboral, que si bien no lograron desvirtuar la existencia del contrato de trabajo, si permiten inferir que la empleadora tenía el convencimiento válido de no estar ligada mediante un nexo subordinado, en consecuencia, se le absuelve de la indemnización moratoria petitionada, tanto por el impago de salarios y prestaciones a la terminación del contrato, como por la falta de consignación del auxilio de cesantía en un fondo previsto para el efecto.

Se declaran no probadas las excepciones propuestas y, frente a la de prescripción es suficiente indicar que, entre la fecha de terminación del contrato, 18 de septiembre de 2009 y la de presentación de la demanda, 17 de marzo de 2011, no se superaron los tres años previstos en las leyes sociales del trabajo, artículos 488 y 489 del CST y 151 del CPTSS, para acudir a la reclamación judicial.

SOLIDARIDAD

Con arreglo a lo dispuesto por el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo “*Son contratistas independientes y, por tanto, verdaderos patronos y no representantes ni intermediarios, las personas naturales o jurídicas que contraten la ejecución de una o varias obras o la prestación de servicios en beneficio de terceros, por un precio determinado, asumiendo todos los riesgos, para realizarlos con sus propios medios y con libertad y autonomía técnica y directiva. Pero el beneficiario del trabajo o dueño de la obra, a menos que se trate de labores extrañas a las actividades normales de su empresa o negocio, será solidariamente responsable con el contratista por el valor de los salarios y*

de las prestaciones e indemnizaciones a que tengan derecho los trabajadores, solidaridad que no obsta para que el beneficiario estipule con el contratista las garantías del caso o para que repita contra él lo pagado a esos trabajadores”. (Destaca la Sala)

Pues bien, para que se configure la solidaridad entre el contratista y el beneficiario o dueño de la obra, el precepto en cita exige la concurrencia de dos relaciones jurídicas: (i) entre quien encarga la ejecución de la obra o labor y la persona que la realiza, contrato de obra y, (ii) entre quien efectúa el trabajo y las personas que contrata para su desarrollo, contrato de trabajo. Además, se debe acreditar la relación de causalidad entre dichas relaciones jurídicas.

Quedó acreditado en el proceso, que la Unión Temporal Optimum suscribió con la sociedad Gestión Energética S. A. - GENSA S. A. el contrato de prestación de servicios 114 - 2008 que se liquidó mediante acta del 16 de diciembre de 2010, para el suministro de transporte, montaje, puesta a tierra e instalación de las estructuras, tendido, tensionado de redes y cualquier otro accesorio requerido, así como todas las actividades necesarias para la electrificación rural de las veredas Hoyo Pilón, San Luis, Bella Vista del municipio de Abrego y las veredas Aguadas, el Reventón y Mesa Rica II del municipio de La Playa, departamento de Norte de Santander, folios 31 a 32; así mismo, dentro del objeto social de la sociedad Gestión Energética S. A. - GENSA S. A. se encuentran *“La prestación de uno o más de los servicios públicos de que trata la Ley 142 de 1994 o la realización de una o varias actividades que la ley considera como complementarias, o una y otra actividad. Podrá desarrollar, entre otras, actividades propias del sector eléctrico tales como generación, interconexión, transmisión, distribución y comercialización”*, folio 12, que coinciden con las contratadas con la unión temporal demandada.

A su vez, la Unión Temporal Optimum, se constituyó con el objeto de presentar propuesta a GENSA S. A. ESP para el *“suministro, transporte, montaje, puesta a tierra e instalación bajo su responsabilidad de las estructuras, tendido y tensionado de redes y cualquier otro accesorio requerido, además de la dirección, supervisión, ingeniería y todas las actividades necesarias para la electrificación rural en las veredas Hoyo Pilón, San Luis, Bella Vista del municipio de Abrego y las veredas Aguadas, el Reventón y Mesa Rica II del municipio de La Playa, departamento de Norte de Santander”*, folios 31 a 32.

Los medios de convicción reseñados en precedencia, permiten inferir la concurrencia de dos relaciones jurídicas –contrato de obra y de trabajo- así como la relación de causalidad entre ellas, además, existe identidad entre los objetos sociales de las empresas contratante y contratistas convocadas a juicio, en consecuencia, la dueña de la obra o beneficiaria de la labor es responsable solidariamente en los términos del artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo, frente a las obligaciones contraídas por la contratista Unión Temporal Optimum, en relación con salarios, prestaciones e indemnizaciones.

GARANTÍAS DE COMPAÑÍAS DE SEGUROS

En los términos de las cláusulas octava, de los contratos de prestación de servicios reseñados en precedencia, las partes acordaron que la contratista constituiría a favor de la contratante garantías para amparar riesgos de (i) cumplimiento, (ii) de buen manejo y correcta inversión del anticipo, (iii) de salarios y prestaciones sociales, y, (iv) de responsabilidad civil extracontractual, cuyas

pólizas obran de folios 72 a 77, 111 a 112 y 169 a 170, 78, 198 a 238. En tales instrumentos, el asegurador es Royal & Sun Alliance Seguros (Colombia) S.A. RSA, el tomador es Unión Temporal Omptimum y, el asegurado o beneficiario, Gestión Energética SA. ESP - GENSA S. A. ESP.

En el *sub lite*, GENSA S. A. ESP llamó en garantía a Royal & Sun Alliance S. A., folios 162 a 163, con arreglo a las pólizas tomadas por Unión Temporal Optimum, para garantizar los riesgos de los contratos suscritos, como se reseñó en precedencia, entonces, la aseguradora entra a responder por la obligación impuesta a la llamante, dado que, se estableció la responsabilidad solidaria de GENSA S. A. ESP, en cuanto a salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones respecto al contrato de trabajo que existió entre el demandante Héctor Hernando Ortega Vargas y la Unión Temporal Optimum, vigente del 28 de noviembre de 2008 al 18 de septiembre de 2009.

En consecuencia, se revocará la sentencia impugnada”.(...)

FUENTE NORMATIVA :	ARTÍCULOS 23, 24, 34, 65, 488 y 489 del CST
	: ARTÍCULO 151 del CPTSS
	: ARTÍCULO 99 LEY 50 de 1990
	: ARTÍCULO 53 de la C.P.
	: LEY 142 DE 1994
	: LEY 80 DE 1993
	: Sentencia de 21 de abril de 2009 Sala Laboral Corte Suprema de justicia
	: Sentencia C-665 de 12 de noviembre de 1998 CORTE CONSTITUCIONAL
	: Sentencia rad. 22259 de 2004 y 35414 de 21 de abril de 2009.
	: G.J. XCIV, 347 y XCVIII, 257
	: 2013-06-21
FECHA	
PROCESO	: ORDINARIO LABORAL APELACIÓN SENTENCIA
PONENTE	: Dra. LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
DEMANDANTE	: HÉCTOR HERNÁNDO ORTEGA VARGAS
DEMANDADO	: GESTIÓN ENERGÉTICA S.A. ESP- GENSA S.A. ESP UNIÓN TEMPORAL OPTIMUN Y O.
RADICACIÓN	: 027 2011 00181 01
DECISIÓN	: REVOCA LA SENTENCIA IMPUGNADA

1.3.2

Problema jurídico por resolver. La Sala se centra en establecer si el demandante tiene derecho a acceder a la pensión especial de jubilación contemplada en el artículo 8° de la Ley 171 de 1961 (por retiro voluntario) durante la vigencia del Acuerdo 224 de 1966 aprobado por el Decreto 3041 del mismo año.

“BAJO ESTE ENTENDIMIENTO, COMO EL RETIRO DEL ACTOR SE PRODUJO EL 01 DE OCTUBRE DE 1976, EN VIGENCIA DEL ACUERDO 224 DE 1966, APROBADO POR EL DECRETO 3041 DEL MISMO AÑO, DESPUÉS DE HABER LABORADO PARA SURAMERICANA POR MÁS DE QUINCE (15) AÑOS DE SERVICIOS, VINCULACIÓN QUE CONCLUYÓ ANTE SU RETIRO VOLUNTARIO, TIENE DERECHO A ACCEDER A LA PENSIÓN ANHELADA, A PARTIR DEL 16 DE DICIEMBRE DE 1992, ATENDIENDO SU FECHA DE NACIMIENTO DE LA QUE DAN CUENTA LOS FORMULARIOS DE AFILIACIÓN AL ISS, FOLIOS 82 Y 91, EN LA SUMA DE \$442.715.00.

Este valor se calculó actualizando el último salario devengado entre la fecha del retiro, 01 de octubre de 1976 y, el momento en que el trabajador alcanzó los 60 años de edad, 16 de diciembre de 1992, (...)

a) **Demanda:**

El actor demandó “a) Que se obligue a la demandada (Suramericana) a pagar al demandado, un ajuste a la pensión de jubilación, por 444 semanas trabajadas desde el 13 de junio de 1960 hasta el 02 de marzo de 1969, período que no está incluido en mi pensión. Que este ajuste se haga de acuerdo con la suma y en el porcentaje que se demuestra en el anexo No. 1. B) Que se cancele este ajuste de pensión desde el año 1.992, fecha en la que cumplí los 60 años de edad, indexando la suma dejada de pagar, hasta la fecha en que sean cancelados dichos ajustes, de acuerdo al Índice de Precios al consumidor (I.P.C.)”; así como el reconocimiento de intereses a que haya lugar.

b) Hechos:

Fundamentó sus pedimentos, en síntesis, en que laboró para la Compañía Suramericana de Seguros S. A. del 13 de junio de 1960 al 01 de octubre de 1976, esto es, 16 años y 04 meses, superando los requisitos exigidos por el artículo 8º de la Ley 171 de 1961 para acceder a la pensión de quien después de quince años de servicios se retira voluntariamente; Suramericana lo afilió al ISS en el año de 1969, en la ciudad de Barranquilla donde laboraba, posteriormente cotizó a dicha entidad con otros empleadores y al cumplir 60 años de edad le solicitó la pensión de vejez y, le fue reconocida el 17 de enero de 1994, en suma equivalente al 66% del ingreso base, pues, solo contaba 826 semanas cotizadas, le faltaban las 444 trabajadas en Suramericana que le aumentarían la prestación a un 90% del salario de retiro; reclamó a la aseguradora accionada sin resultado favorable, folios 1 a 4, 21 a 22 y 50 a 53.

RESPUESTAS A LA DEMANDA

Al dar respuesta al *libelo incoatorio*, Seguros Generales Suramericana S. A. se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos, aceptó la vinculación contractual laboral y el extremo temporal inicial, así como en los hechos y razones de la defensa señaló que la desvinculación se produjo el 01 de octubre de 1976. En su defensa propuso las excepciones de inexistencia de las obligaciones reclamadas, falta de causa, buena fe, cobro de lo no debido y prescripción, folios 61 a 78 y 88 a 90.

Decisión de primera instancia

El Juzgado de conocimiento absolvió a Seguros Generales Suramericana S. A. y, condenó en costas al accionante, CD y Acta de Audiencia, folios 156 a 157 y 158.

Recurso de apelación

Inconforme con la decisión anterior, el demandante interpuso recurso de apelación, en el que en resumen expuso, que después de 15 años de servicio tenía derecho a la pensión, fuera con despido o por renuncia, por tanto, no se requería la prueba de tal hecho. Cuando solicita el ajuste de la pensión se refiere a la pensión del artículo 8º, como está mencionado en toda la demanda; la Ley 100 de 1993 permite sumar las semanas, sin embargo, no se le tuvieron en cuenta las 444 a cargo de la accionada, quien le debe 9 años de cotizaciones, y es que, el haber aportado 5 de los 16 años de servicios, no la libera de la pensión contenida en el artículo 8 de la Ley 171 de 1961, CD folio 158, minuto 37:21.

c) Consideraciones:

Se encuentra acreditado dentro del proceso, que Humberto González Escobar laboró para la Compañía Suramericana de Seguros hoy Seguros Generales Suramericana S. A., mediante contrato de trabajo vigente del 13 de junio de 1960 al 01 de octubre de 1976, vínculo que terminó por renuncia voluntaria del trabajador, hechos que se coligen de la certificación obrante a folio 7, de la liquidación final, folio 94, de la carta de renuncia y su aceptación, folios 194 y 195; relación contractual y extremos temporales aceptados por la empleadora al contestar la demanda, folio 67. Cabe precisar, que en relación con la fecha de desvinculación existe divergencia, en tanto que, la certificación laboral y la liquidación final señalan que trabajó hasta el 31 de agosto de 1976, la carta de renuncia dice que se retirará a partir del 01 de septiembre de la referida anualidad y, el actor en su demanda menciona el 01 y el 04 de octubre de 1976; ante esta situación, la Sala acogió la calenda aceptada por la aseguradora que coincide con una de las afirmadas por el actor, esto es, el 01 de octubre de 1976.

La convocada a juicio afilió al señor González Escobar al Instituto de Seguros Sociales, en la ciudad de Barranquilla, el 03 de febrero de 1969, folios 82 y 91 a 93, administradora que le reconoció pensión de vejez, según lo afirmó aquel en su demanda y, se corroboró con el desprendible de pago de pensión de fecha 07-2011, folio 17.

Bajo estos presupuestos fácticos, procede la Sala a resolver el asunto sometido a su consideración, atendiendo lo expuesto en la impugnación reseñada y en las alegaciones presentadas.

DEBER DE INTERPRETACIÓN DE DEMANDAS IMPRECISAS

En punto al tema del deber de interpretación que le asiste al operador judicial ante una demanda que no ofrece suficiente claridad y precisión, en los hechos, las peticiones y, fundamentos de derecho, la Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria ha explicado, que el juzgador debe desentrañar el verdadero alcance e intención del accionante⁴:

“Desde antaño, es jurisprudencia adoctrinada que cuando el juez al momento de dictar sentencia se encuentra ante una demanda que no ofrezca la precisión y claridad debidas, bien por la forma como aparecen las súplicas, ora en la exposición de los hechos, también en los fundamentos de derecho, o en las unas y en los otros, está en la obligación de interpretarla para desentrañar el verdadero alcance e intención del demandante, al formular sus súplicas, para lo cual debe tener muy presente todo el conjunto de ese libelo, sin que pueda aislar el petitum de la causa petendi, buscando siempre una afortunada integración, por cuanto los dos forman un todo jurídico; y además si es necesario para precisar su auténtico sentido y aspiración procesal, tener en cuenta las actuaciones que haya desarrollado el actor en el trámite del proceso, lo cual debe observar celosamente el instructor judicial a manera de saneamiento, a efecto de evitar una nulidad o una decisión inhibitoria con grave perjuicio para los litigantes y talanquera

⁴ CSJ, Sala Laboral, sentencia 22923 de 14 de febrero de 2005

infranqueable para que se llegue a la norma individual constituida con la sentencia de fondo, lo que choca con el deber ser de la administración de justicia.”

(...)

“Así las cosas, cuando la demanda no ofrece claridad y precisión en los hechos narrados como pedestal del petitum, o en la forma como quedaron impetradas las súplicas, tiene dicho tanto la jurisprudencia como la doctrina, que para no sacrificar el derecho sustancial, es deber del fallador descubrir la pretensión en tan fundamental pieza procesal y tratar de borrar las imprecisiones, lagunas o vaguedades que en principio quedan exteriorizadas. Con razón se ha dicho que “la torpe expresión de las ideas no puede ser motivo de repudiación del derecho cuando éste alcanza a percibirse en su intención y en la exposición de ideas del demandante”, lo cual no es más que la protección de los principios que orientan la observancia del derecho sustancial por encima de las formas, dentro del marco del debido proceso a que se contraen los artículos 29, 228 y 230 de la carta mayor.”

En este sentido, al interpretar en conjunto el *libelo incoatorio* y su subsanación, la Sala considera que la aspiración del accionante es el reconocimiento de la pensión restringida de jubilación contenida en el artículo 8° de la ley 171 de 1961, por retiro voluntario con más de quince (15) años de servicio, así también lo reitera con su actuar procesal. En efecto, además de la intervención en los alegatos de conclusión, presentó diversos memoriales, folios 115 a 116 y 135 a 137; en el mismo sentido allegó escritos a esta Corporación, folio 168 a 170 y 179 a 181, que coinciden con la pretensión elevada en la reclamación visible a folios 9 a 11, que si bien no aparece recibida, sí fue respondida por la aseguradora, folios 12 a 15.

PENSIÓN RESTRINGIDA DE JUBILACIÓN POR RETIRO VOLUNTARIO

En los términos del artículo 8° de la Ley 171 de 1961:

“El trabajador que sin justa causa sea despedido del servicio de una empresa de capital no inferior a ochocientos mil pesos (\$800.000.00), después de haber laborado para la misma o para sus sucursales o subsidiarias durante más de diez (10) años y menos de quince (15) años, continuos o discontinuos, anteriores o posteriores la vigencia de la presente ley, tendrá derecho a que la empresa lo pensione desde la fecha de su despido, si para entonces tiene cumplidos sesenta (60) años de edad, o desde la fecha en que cumpla esa edad con posterioridad al despido.

Si el retiro se produjere por despido sin justa causa después de quince (15) años de dichos servicios, la pensión principiará a pagarse cuando el trabajador despedido cumpla los cincuenta (50) años de edad o desde la fecha del despido, si ya los hubiere cumplido. Si

después del mismo tiempo el trabajador se retira voluntariamente, tendrá derecho a la pensión pero solo cuando cumpla sesenta (60) años de edad”.

Con arreglo al precepto en cita, en el asunto objeto de análisis, el trabajador que se retire voluntariamente después de quince (15) años de servicio, tiene derecho a la pensión restringida de jubilación al cumplir sesenta (60) años de edad.

En el *examine* se demostró, que el señor González Escobar laboró para Suramericana durante dieciséis (16) años, tres (3) meses y dieciocho (18) días, de 13 de junio de 1960 a 01 de octubre de 1976, folio 67, vínculo que terminó por renuncia voluntaria del trabajador, según se colige de la carta de renuncia y su aceptación, folios 194 y 195.

Cumple precisar, que si bien éste último instrumento carece de firma tiene pleno valor probatorio, en tanto que, no existe duda que se trata de la respuesta dada por la empleadora a la renuncia presentada por el trabajador. Y es que, con arreglo al artículo 252 del CPC, modificado por el artículo 26 de la Ley 794 de 2003, es auténtico un documento cuando existe certeza sobre la persona que lo ha elaborado, manuscrito o firmado. Además, no fue cuestionado al ser decretado de manera oficiosa por esta Sala.

En adición a lo anterior, el actor fue afiliado a la seguridad social obligatoria el 03 de febrero de 1969, folios 82 y 91 a 93, cuando contaba con menos de diez años de servicio.

El Instituto de Seguros Sociales en la Seccional Atlántico, asumió los riesgos de invalidez, vejez y muerte, a partir del 02 de diciembre de 1968, folio 159.

De lo expuesto se sigue, que el actor tiene derecho al reconocimiento de la pensión restringida de jubilación, por retiro voluntario después de 15 años de servicio, pues, superó los condicionamientos previstos en el artículo 8º de la Ley 171 de 1961, además, las pensiones que regula el precepto en cita no quedaron comprendidas dentro de las que asumió el ISS con motivo de la expedición del Acuerdo 224 de 1966, aprobado por el Decreto 3041 de la misma anualidad.

Sobre el particular, es pertinente traer a colación, la sentencia 41394 de 17 de mayo de 2011, en la que la Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria, explicó:

“Aun cuando lo anteriormente destacado es suficiente para desestimar el cargo, de admitirse que en efecto el actor llevaba menos de 10 años de servicio para cuando el Instituto de los Seguros Sociales extendió su cobertura en la ciudad de Barranquilla, el ataque tampoco lograría tener vocación de prosperidad, por cuanto las pensiones que regulaba el artículo 8º de la Ley 171 de 1961, no quedaron comprendidas dentro de las que asumió esa entidad de seguridad social con motivo de la expedición del Acuerdo 224 de 1966, aprobado por el Decreto 3041 de ese mismo año.

Sobre lo anterior, ya ésta corporación ha reiterado pacíficamente su criterio en torno al tema que propone el recurrente, cuando en sentencia del 3 de febrero de 2010, radicación 35426, en la rememorar otras en ese mismo sentido, dijo:

“Pues bien, ya ese punto ha quedado esclarecido por la Corte, como se observa en la sentencia de casación del 26 de septiembre de 2007, radicación 30766, en la que, reiterando lo dicho en la sentencia del 12 de febrero de ese mismo año, radicación 28733, que se constituye en la jurisprudencia actualmente vigente, la Corporación se pronunció en los siguientes términos:

“La controversia que en función del recurso extraordinario de casación se le plantea a la Corte, se concreta a determinar si en el asunto bajo examen la pensión por retiro voluntario reconocida al actor por la demandada con fundamento en el artículo 8º de la Ley 171 de 1961, quedó subrogada por el ISS con motivo de haber asumido ésta entidad esa obligación pensional.

“Para el Tribunal y con arreglo a lo dispuesto en los artículos 72 y 76 de la Ley 90 de 1946 y 60 y 61 del Acuerdo 224 de 1966, dicha pensión fue asumida por el ISS, quedando sólo en cabeza del empleador, la diferencia, si la hubiere, entre el monto de las dos pensiones, aún con independencia de que las cotizaciones para acceder a la pensión de vejez hayan sido aportadas por otras vinculaciones laborales posteriores a su retiro.

“Para la censura, en cambio, dicha subrogación no tenía fundamento alguno en tratándose de las pensiones especiales reguladas por el artículo 8º de la Ley 171 de 1961, ya que solo comprendía a las pensiones legales, entendiéndose por éstas las que exigían como requisitos 20 años de servicios y 55 años de edad para los varones y 50 para las mujeres.

“Para dilucidar esa controversia, deben precisarse los siguientes aspectos que no son cuestionados por las partes:

“El demandante laboró al servicio de la demandada entre el 26 de septiembre de 1956 y el 30 de abril de 1972; que se retiró voluntariamente; que la accionada la reconoció la pensión por retiro voluntario prevista en el artículo 8º de la Ley 171 de 1961, en cuantía mensual de \$142.125, efectiva desde el 14 de octubre de 1996 cuando cumplió los 60 años de edad; que el ISS le concedió al actor pensión por vejez desde el 1º de septiembre de 1997 en monto mensual de \$365.294 y que la demandada le suspendió el pago de la pensión a su cargo desde el 16 de mayo de 2000, alegando la compartibilidad entre las dos prestaciones.

“Dentro del anterior marco fáctico, debe advertirse desde ya que la razón está de lado del impugnante. Para el efecto, considera la Corte suficiente traer a colación el pronunciamiento vertido en la sentencia de casación del 12 de febrero de 2007, radicación 28733, en los siguientes términos:

“Con las anteriores precisiones, puntualiza la Corte que desde la expedición del Acuerdo 224 de 1966, emanado del Consejo Directivo del ISS y aprobado por el artículo 1º del Decreto 3041 del mismo año, se estableció la incompatibilidad entre las pensiones legales reconocidas por el empleador y las de vejez que debía reconocer el Instituto de Seguros Sociales. Desde luego, las pensiones legales incompatibles con el nuevo esquema de seguridad social que se implementó con la expedición del citado acuerdo, fueron aquellas instituidas precisamente para

cubrir el riesgo de vejez y no las que se establecieron para garantizar la estabilidad del trabajador en su empleo o para reprimir al empleador que despedía injustamente al asalariado después de una más o menos larga prestación de servicios y por ello le impedía acceder a la pensión de jubilación.

“Esas pensiones especiales, que no quedaron comprendidas por la vigencia del acuerdo mencionado, eran las que consagraba el artículo 8° de la Ley 171 de 1961 en sus dos modalidades, la conocida como pensión sanción, derivada fundamentalmente del despido injusto del trabajador con más de 10 años de servicio y menos de 15, o con más de éste último número y menos de 20 –lo cual solamente incidía para la edad del disfrute--, y la pensión por retiro voluntario, dispuesta para quienes después de 15 años de servicios y menos de 20 hubieran hecho dejación voluntaria de su empleo.

“Así pues, bajo la vigencia del Acuerdo 224 de 1966, se tenía entendido que las pensiones reguladas por el artículo 8° de la Ley 171 de 1961, eran compatibles con las pensiones de vejez concedidas por el ISS. Y al respecto, en lo que específicamente tiene que ver con la pensión por retiro voluntario, la Corte, en reciente sentencia del 21 de septiembre de 2006, radicación 29406, así se expresó:

<“Con la expedición por parte del Gobierno del Acuerdo 224 de 1966, aprobado mediante Decreto 3041 del 19 de diciembre del mismo año, tácitamente excluyó la asunción por parte del ISS de la pensión restringida que se ha hecho referencia. Su artículo 61 sólo reguló lo relacionado con la pensión especial por despido y nada dijo sobre la otra, la de quien después de 15 años se retiraba voluntariamente. Ante ese silencio se entendió, obviamente, que si un servidor que no fue o no pudo ser asegurado y hacía libre dejación de su empleo después de haber laborado los tres lustros señalados, era el patrono deudor exclusivo de la pensión restringida. Por ello la Corte Suprema insistió en la compatibilidad de la pensión sanción con la pensión de vejez, mientras estuvo vigente el Acuerdo 224 de 1966. Así lo explicó en fallo del 8 de noviembre de 1979 (rad. 6508):

“...el Instituto de Seguros Sociales no asumió el riesgo que a ella (pensión sanción) corresponde, ni sustituyó a los patronos en las obligaciones de pagarla. De un lado, porque las normas como se advirtió antes, dejó intacta la dicha obligación patronal y reconoció la posibilidad de concurrencia de las dos pensiones, y de otro, porque la pensión restringida o especial no atiende propiamente el riesgo de vejez, sino que fue establecida con el carácter de pena o sanción para el patrono por el despido sin justa causa del trabajador que había servido largo tiempo, como garantía de la estabilidad de éste en el empleo y de que por este camino pudiera llegar a obtener el beneficio de la jubilación, frenando así y restándole eficacia a la utilización de aquel medio por el empresario para evitarlo. En consecuencia, esta clase de pensiones, vale decir las que se causan por despido injustificado después de 10 o 15 años de servicios y sin que interese cuál haya sido el tiempo laborado hasta la fecha en que el Instituto de los Seguros Sociales asumió el riesgo de vejez, continúan en pleno vigor, son independientes de las que deba reconocer el Instituto y corren a cargo exclusivo del patrono”>.

“De otro lado, también tiene definido de antaño la Corte, que las aludidas pensiones especiales de jubilación reguladas por el artículo 8° de la Ley 171 de 1961, se causaban o se configuraban desde el momento en que el trabajador era

despedido sin justa causa o se retiraba voluntariamente del servicio, siendo la edad apenas un mero requisito de exigibilidad de la pensión.

“En las condiciones anotadas, resultaba evidente que la normatividad aplicable para resolver los conflictos jurídicos que se presentaran, eran las vigentes al momento de la causación del derecho y no las del cumplimiento de la edad del beneficiario.

“Por lo acabado de decir, bien puede decirse que en ningún error jurídico incurrió el Tribunal cuando así lo consideró en el caso específico del cónyuge de la demandante, quien causó el derecho a la pensión por retiro voluntario el 15 de junio de 1970, faltándole simplemente el cumplimiento de la edad para entrar a su disfrute, lo cual ocurrió el 16 de agosto de 1991, fecha desde la cual efectivamente se le reconoció por la demandada.

“Ahora, vista la presente controversia desde el ángulo hasta aquí enfocado, también puede afirmarse sin equívoco que las pensiones recibidas en vida por el señor Alcides De León Guette –la de la empresa y la de vejez--, eran totalmente compatibles y por tanto, la remisión que hizo el Tribunal a la sentencia de casación del 19 de junio de 2003, radicación 20385, de la cual transcribió apartes, se encuentra pertinente...”.

“Así las cosas, como la pensión restringida por retiro voluntario del actor se causó durante la vigencia del Acuerdo 224 de 1966, aprobado por el Decreto 3041 del mismo año, y su exigibilidad ocurrió desde el 14 de octubre de 1996, cuando cumplió los 60 años de edad, resulta indiscutible que dicha pensión es compatible con la pensión de vejez que el ISS le reconoció posteriormente. A esa misma conclusión se llega, así la sociedad Bavaria hubiera afiliado al actor al ISS como pensionado y hubiera sufragado las cotizaciones causadas desde entonces, por cuanto el ISS no asumió el pago de la pensión especial de jubilación por retiro voluntario, causada durante la vigencia del Acuerdo 224 de 1966 (Aprobado por Decreto 3041 del mismo año), la cual en consecuencia era compatible con la pensión de vejez que le reconociera el ISS, criterio que corresponde a las orientaciones fijadas por la Corte Suprema, como atrás se consignó”.

“Por lo anterior, resulta evidente que el Tribunal se equivocó en su razonamiento, pues visto quedó que las pensiones que regulaba el artículo 8º de la Ley 171 de 1961 no quedaron comprendidas dentro de las que el ISS asumió con motivo de la expedición del Acuerdo 224 de 1966, aprobado por Decreto 3041 de ese mismo año”.

Bajo este entendimiento, como el retiro del actor se produjo el 01 de octubre de 1976, en vigencia del Acuerdo 224 de 1966, aprobado por el Decreto 3041 del mismo año, después de haber laborado para Suramericana por más de quince (15) años de servicios, vinculación que concluyó ante su retiro voluntario, tiene derecho a acceder a la pensión anhelada, a partir del 16 de diciembre de 1992, atendiendo su fecha de nacimiento de la que dan cuenta los formularios de afiliación al ISS, folios 82 y 91, en la suma de \$442.715.00.

Este valor se calculó actualizando el último salario devengado entre la fecha del retiro, 01 de octubre de 1976 y, el momento en que el trabajador alcanzó los 60 años de edad, 16 de diciembre de 1992, aplicando la fórmula contenida en la sentencia 31222 de 13 de diciembre de 2007, de la Corte Suprema de Justicia:

$$VA = VH \times \frac{IPC \text{ Final}}{IPC \text{ Inicial}}$$

De donde:

VA = IBL o valor actualizado

VH = Valor histórico que corresponde al último salario promedio mes devengado.

IPC Final = Índice de Precios al Consumidor de la última anualidad en la fecha de pensión.

IPC Inicial = Índice de Precios al Consumidor de la última anualidad en la fecha de retiro o desvinculación del trabajador.”

Que en el *examine*, corresponde a:

$$VA = VH (\$21.420) \times \frac{IPC \text{ Final } (26,6383)}{IPC \text{ Inicial } (0.7950)} \quad VA = \$717.644$$

Dada la antigüedad del trabajador en la empresa, a la suma anterior se le aplica una tasa de reemplazo del 61.69%, que arroja como primera mesada pensional \$442.715.00.

PRESCRIPCIÓN

En lo relativo a la excepción de prescripción propuesta en la contestación de demanda, folio 78, dada la imprescriptibilidad⁵ del derecho reclamado, se declarará probada sobre las mesadas causadas con anterioridad al 18 de junio de 2008, atendiendo las previsiones del artículo 151 del CPTSS, con base en la data de interposición de la reclamación de folios 9 a 11.

En consecuencia, se revocará la sentencia impugnada”.(...)

FUENTE NORMATIVA : ARTÍCULO 8° de la Ley 171 de 1961
: ACUERDO 224 de 1966 aprobado por el Decreto 3041 de 1966
: Ley 100 de 1993
: ARTÍCULO 26 de la Ley 794 de 2003
: ARTÍCULOS 72 y 76 de la Ley 90 de 1946
: ARTÍCULO 151 del CPTSS
: ARTÍCULO 99 LEY 50 de 1990
: ARTÍCULOS 29, 228 y 230 de la C.P.
: ARTÍCULO 252 del C.P.C
: ARTÍCULO 6° de la Ley 1149 de 2007
: Sentencia de 8 de noviembre de 1976 Sala Laboral Corte Suprema de justicia
. Sentencia de 23 de julio de 1998 Rad. 10784 Sala Laboral C. S.J.
: Sentencia de 14 de febrero de 2005 Rad. 22923 Sala Laboral C. S.J.
: Sentencia de 21 de septiembre de 2006 Rad. 29406 Sala Laboral C. S.J.
: Sentencia de 13 de diciembre de 2007 Rad. 31222 Sala Laboral C. S.J.

⁵ CSJ, Sala Laboral, sentencia 10784 de 23 de julio de 1998

FECHA	: 2013-05-07
PROCESO	: ORDINARIO LABORAL APELACIÓN SENTENCIA
PONENTE	: Dra. LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
DEMANDANTE	: HUMBERTO GONZÁLEZ ESCOBAR
DEMANDADO	: COMPAÑÍA SURAMERICANA DE SEGUROS S.A.
RADICACIÓN	: 02 2011 00634 01
DECISIÓN	: REVOCA LA SENTENCIA IMPUGNADA

Sala Penal

1.4.1

1. PROVIDENCIAS DE ESTA CORPORACIÓN

1.1. M.P. HERNÁNDEZ PEÑA DAGOBERTO – Rad. 110016000050200922147 02 (19-02-13) LESIONES PERSONALES – Los daños corporales pueden ser permanentes, transitorios o reparables: Definiciones – El daño reparable al no estar contemplado en la norma debe asimilarse al transitorio.

“La doctrina acorde con los avances de la ciencia y la medicina, ha ampliado los criterios de complejidad de los daños corporales señalando que pueden ser permanentes, transitorios y reparables.

Menciona el tratadista Roberto Solórzano Niño en su obra “Medicina legal, criminalística y toxicología para abogados” que:

Transitoria “es la lesión que se restablece por el solo transcurso del tiempo”. Reparable “aquella que desaparece por la intervención médica, hoy las lesiones son más reparables que antes, teniendo en cuenta los avances de la cirugía...”. Y, permanente o no reparable la “que persiste definitivamente, a pesar de la intervención médica y del tiempo”.

Y agrega:

“...en sentido general, no importa cómo se logre esa transitoriedad: puede ser por la acción del transcurso del tiempo o por el ingenio del hombre. Al Código le importa el resultado y no los medios..... Últimamente se habla de lesión reparable y de no reparable o permanente...”

En el caso sometido a consideración, la odontóloga forense fue precisa al determinar que “las lesiones observadas en cavidad oral de la paciente son susceptible de reparación con un tratamiento odontológico restaurador integral” y que por tanto, “el CARÁCTER de la secuela puede ser susceptible de cambio”.

En ese orden de ideas, ante la posibilidad de reparación plateada por la experta auxiliar de la justicia, debe acogerse una exégesis favorable a los intereses del procesado, adaptando de paso los términos de la norma a los avances científicos, pues en la medida que ella establece los conceptos de transitorio y permanente, aquél de reparable surgido de la actualidad médica debe interpretarse en forma favorable como comparable al primero.

Por consiguiente, dable es que la perturbación funcional determinada a la paciente se tenga como transitoria identificándola a partir de lo que ha llamado la doctrina como lesión reparable, lo cual se refleja en la tipificación y en la dosificación punitiva.

Cuando el daño corporal que genera la alteración de la función de masticación es irreversible amerita mayor reproche punitivo, pero si permite como en este evento, revertir las consecuencias la sanción penal debe ser acorde a tal realidad. Máxime que la ofendida se encuentra en un entorno que le permite acceder a los tratamientos referidos por la forense, quien dicho sea de paso, al testificar en juicio aclaró que los dientes contiguos a los perdidos habían sido sometidos a proceso de talla de manera que permitieran anclar las prótesis, por lo que concluía que el proceso de restauración se había iniciado, insistiendo que, en consecuencia, las secuelas dependerían de esa rehabilitación.

Es por ello que esta instancia considera que a pesar de haberse acusado por delito de lesiones personales dolosas con perturbación funcional del órgano de la masticación de carácter permanente, acorde con la doctrina y los postulados de la odontóloga forense escuchada en juicio y sometida a contradicción, se ajustará la tipicidad de la conducta a esa posibilidad de rehabilitación pues el delito por el que se procede contempla la transitoriedad de la alteración orgánica del cuerpo de la víctima, en cuanto la función de masticación puede restablecerse completamente según el concepto de la experta mencionada.

Postura que no afecta los derechos de la víctima, pues ellos serán ampliamente considerados en el eventual trámite de incidente de reparación, pues lógico resulta razonar que si la lesión es reparable a ello debe contribuir el procesado.”

Relatoría/consulta/2013/Providencias incluidas en los boletines

1.2. M.P. HERNÁNDEZ PEÑA DAGOBERTO – Rad. 110016000050200922147 02 (19-02-13) ABSOLUCIÓN PERENTORIA – Noción – Término “ostensiblemente atípica” se refiere exclusivamente a los elementos estructurales del tipo objetivo – EJERCICIO ARBITRARIO DE LA CUSTODIA DE HIJO MENOR – El derecho de custodia y cuidado personal a que se refiere la norma es la antiguamente llamada patria potestad – El padre a quien decisión judicial o administrativa le ha otorgado la custodia puede incurrir en este delito frente al otro progenitor.

“La figura en mención consiste en la interrupción de una parte fundamental del juicio, cuando la atipicidad se predica sobre el aspecto objetivo del tipo, que no requiere de la valoración que se impone finalizado el juicio oral con el agotamiento de todas las fases que lo componen y con la participación de los sujetos procesales e intervinientes.

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia⁶, se ocupó de estudiar los alcances del instituto en mención en su condición de máxima autoridad de la jurisdicción ordinaria, precisando que:

“2. La expresión literal contenida en el precepto apunta a que los hechos en que se fundamentó la acusación “resulten ostensiblemente atípicos”.

A voces del Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, la acepción “ostensiblemente” representa un adverbio “De un modo ostensible”, y ésta por su parte proviene del latín *ostendére, mostrar, y se traduce en un adjetivo que puede manifestarse o mostrarse. Ha de entenderse como, claro, manifiesto, patente*⁷”.

Por su parte, el término atípico, se dice del adjetivo que por sus caracteres se aparta de los modelos representativos o de los tipos conocidos⁸; expresión de

6 Proceso N° 34848, C S DE J, M P: AUGUSTO J. IBAÑEZ GUZMÁN, 31 de agosto de 2011

7 Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española, vigésima segunda edición.

8 Ib.

marcado acento penal que hace alusión en su modalidad de tipicidad⁹ a uno de los escaños que conforman la conducta punible¹⁰; o en su sentido positivo lo típico penalmente consiste en el actuar contra derecho.

Luego el sentido natural de la expresión “*ostensiblemente atípica*” hace referencia a un quehacer que de manera palpable, demostrable, o manifiesto no colinde en la esfera del derecho penal al no adecuarse a la descripción típica que previamente ha efectuado el legislador.

... ..

4. Teniendo en cuenta que la disertación que convoca a la Sala descansa sobre la tipicidad, *primer estanco que conforma la conducta punible a voces del artículo 9 del Código Penal*, es importante realizar una precisión previa: con la expedición de la Ley 599 de 2000, se ha entendido superado el esquema causalista del delito, temática frente a la cual la Sala ha tenido la oportunidad de sentar su criterio¹¹:

... ..

5. Bajo tal entendimiento, la tipicidad está compuesta por dos aspectos, el objetivo y subjetivo. En el primero yacen los elementos descriptivos y normativos que cada tipo penal consagra¹², en tanto que el segundo abarca el dolo¹³ en su doble manifestación: conocimiento de los hechos que tengan relevancia típica y voluntad, con lo cual resulta evidente que la atipicidad de un comportamiento se puede predicar por ausencia de cualquiera de los elementos objetivos o subjetivos del tipo, circunstancias en las que en todo caso se predica la ATIPICIDAD DEL COMPORTAMIENTO.

6. Ahora bien, el legislador estableció que la absolución perentoria sólo será procedente frente a hechos “*ostensiblemente atípicos*”, luego la pregunta que surge de cara a la situación planteada en este proceso es: en qué condiciones resulta viable?

Para dar respuesta a este interrogante tenemos que la expresión *ostensiblemente atípica* consagrada en el artículo 442 de la Ley 906 de 2004, sugiere como conclusión válida que tal calificativo esté referido exclusivamente a aquellos casos en los que faltan uno o varios de los elementos objetivos del tipo; es decir cuando no hay tipicidad en relación con la figura en concreto, como cuando falta el sujeto pasivo o cualquier otro elemento de la conducta típica¹⁴. Así por ejemplo no existirá daño en bien ajeno, si el bien es propio, o fuga de presos si el presunto autor no se encuentra privado de la libertad.

De donde deviene, que ante la ausencia de alguno de los elementos estructurales del tipo objetivo, aquellos que como viene de verse no requieren un especial proceso valorativo para su comprensión por parte del juzgador, la conducta se torne manifiestamente atípica; siendo por ello que resulta excusada la intervención de los sujetos procesales para sus alegaciones finales, pues aquellas resultarían inanes ante la evidencia de la conclusión, siendo en tales casos en los que resulta posible invocar la absolución perentoria.

En forma sencilla dígase que, sostener una tesis contraria, lo ostensible dejaría de serlo si abarcara el tipo subjetivo, porque en tal caso el juicio de atipicidad estaría sometido a un proceso de valoración extraño a la perentoriedad que este tipo de absolución demanda; pues en el caso de los comportamientos dolosos, se transitaría por la fase del conocimiento y la comprensión de la tipicidad objetiva, y, se impondría

9 “Artículo 10. Tipicidad. La ley penal definirá de manera inequívoca, expresa y clara las características básicas estructurales del tipo penal...”.

10 “...Artículo 9. Conducta punible. Para que la conducta sea punible se requiere que sea típica, antijurídica y culpable...”.

11 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto del 1 de julio de 2009, radicación 31763.

12 Son los referidos a la exterioridad de la conducta.

13 Denominado avalorado.

14 Si bien las circunstancias de agravación o de atenuación son elementos objetivos del tipo, de su ausencia no deviene la atipicidad del comportamiento.

valorar el querer, la voluntad de realizar ese comportamiento que se sabe ilícito; proceso intelectual que impone al juzgador estudiar la controversia probatoria que plantean las partes, así como las pruebas que en uno u otro sentido hayan sido incorporadas, lo que resulta contrario a lo “*ostensible*” de la atipicidad que soporta esta figura.

7. La Sala advierte, que la propuesta interpretativa que traza, se muestra coherente con los planteamientos realizados por autores extranjeros en cuanto su ámbito de aplicación, sin soslayar que el sistema acusatorio implementado en Colombia contiene rasgos diversos a los sistemas acusatorios de otras latitudes, entre estos el anglosajón; no obstante, ello no impide que en el proceso de construcción del sistema y con pleno respeto a nuestro modelo de Estado social de derecho, se acuda a desarrollos científicos foráneos frente a tal instituto con el único propósito de desentrañar su verdadero alcance, para ajustarlo a nuestra legislación.

Así, en el sistema procesal acusatorio que rige en Puerto Rico y Estados Unidos, el instituto de absolución perentoria, *aunque disímil con nuestro sistema en cuanto sólo opera por insuficiencia probatoria*¹⁵, aporta luces sobre el verdadero alcance de esta figura pues descarta de plano cualquier proceso intelectual que comprometa valoración probatoria.

... ..

9. Adviértase, que si bien en la Ley 906 de 2004, artículo 332 numeral 4, se consagró la preclusión por “*atipicidad del hecho investigado*”, tal posibilidad difiere de la absolución perentoria en cuanto que ésta última posee características especiales derivadas del sujeto que tiene la iniciativa y el estadio procesal en que se realiza la solicitud el que corresponde al final de la etapa probatoria del juicio.

10. Entonces, el examen del juez de la causa por vía de la solicitud de absolución perentoria está atado al tipo objetivo...

Como lo tiene dicho la Sala, la adecuación típica en su aspecto objetivo debe surgir de un simple cotejo..., sin que se requiera acudir a “*complejas elucubraciones o a elocuentes y refinadas interpretaciones*¹⁶””

Postulados acogidos por el Máximo Tribunal Constitucional¹⁷, al estudiar la exequibilidad parcial de la norma demandada por violentar los derechos de las víctimas, oportunidad en la que declaró la disposición acorde con los postulados jurisprudenciales expresando:

“... en la medida en que de la ausencia de alguno de los elementos estructurales del tipo objetivo, entendidos como aquellos que no requieren un especial proceso valorativo para su comprensión por parte del juzgador, deviene que la conducta se torne manifiestamente atípica. Cuando esta situación se presenta, se considera que la intervención de los sujetos procesales para sus alegaciones finales, no es necesaria, puesto que “resultarían inanes ante la evidencia de la conclusión”.

La expresión ostensiblemente atípicos, supone entonces que los hechos en los cuales se fundamenta la acusación, después de practicadas las pruebas en el juicio oral, no encajan de manera manifiesta en la descripción de la conducta punible que previamente ha previsto el legislador en el Código Penal, situación que desvirtúa la necesidad de continuar con el proceso ante el peso de una conducta evidentemente atípica.

¹⁵ Tema que solo puede analizar el Juez de derecho y no el jurado quien decide sobre el fondo del debate propuesto.

¹⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de casación Penal, sentencia de 4 de febrero de 2009, radicado 30542.

¹⁷ Sentencia C-651/11, M P: MARÍA VICTORIA CALLE CORREA, 7 de septiembre de 2011

...la Corte encuentra que la norma demandada no obstruye las posibilidades de lograr la efectiva realización de los derechos de las víctimas a la verdad, justicia y reparación, en la medida en que no la sitúa de manera injustificada en una posición de desventaja en relación con los actores y demás intervinientes, puesto que ha tenido la oportunidad de intervenir a lo largo de todo el proceso para contribuir en la construcción del expediente, con plenas garantías en defensa de sus derechos, y en la etapa del juicio a través del fiscal, quien debe oír al abogado de la víctima.”

Conforme a tales postulados, surge diáfano que para propender por la absolución perentoria, se debe demostrar que la conducta juzgada no encaja objetivamente en el tipo penal. Situación que trasladada al asunto en examen, hace imperativo mantener la determinación cuestionada. Veamos:

Se ha atribuido a la señora C. B. O. que ostentando la custodia del menor SOT, no ha facilitado las visitas del padre. Situación que en efecto objetivamente se tipifica en el artículo 230 A del estatuto penal, que consagra el delito en los siguientes términos:

“El padre que arrebate, sustraiga, mantenga u oculte a uno de sus hijos menores sobre quienes ejerce la patria potestad con el fin de privar al otro padre del derecho de custodia y cuidado personal, incurrirá, por ese solo hecho...”

Siendo pertinente aclarar en este punto, que el derecho de cuidado y custodia personal a que se refiere la norma, es la antiguamente llamada patria potestad, entendida como una facultad concedida al padre en beneficio exclusivo de la familia y de los hijos sometidos a él, a quienes debía protección. Supone una manifestación de la función tutelar a favor de los hijos y no en interés del titular, se predica de todos los hijos tanto biológicos como adoptivos, matrimoniales y extramatrimoniales, y, se caracteriza por la intransmisibilidad, irrenunciabilidad e [imprescriptibilidad](#).

En ese orden de ideas, la reducción del poder de los padres viene establecida por las legislaciones, en cuanto la función de la patria potestad tiene como límite el interés superior de los hijos y su beneficio, quedando en manos del Estado la posibilidad de que, priorizando y velando por los intereses del menor, prive de dicha autoridad a los progenitores, por supuesto, a través de procedimientos judiciales adelantados con el lleno de garantías procesales.

Luego no es, como confusamente lo presentara la fiscalía acusadora, que el padre que tiene la custodia no puede incurrir en el ejercicio arbitrario de la misma frente al otro progenitor. Precisamente de lo que se trata es de limitar la cercanía del hijo con el padre que sin haber sido privado de la custodia, entendida llanamente como la patria potestad, tiene el derecho de cooperar en su formación. Salvo, se insiste, que mediante decisión judicial o administrativa se suspenda tal poder, caso en el cual ahí sí el tipo penal no se estructuraría.”

Relatoría/consulta/2013/Providencias incluidas en los boletines

1.3. M.P. HERNÁNDEZ PEÑA DAGOBERTO– Rad. 110016000013200881514 01 (- -) INCIDENTE DE REPARACIÓN INTEGRAL – Finalidad y límites – Facultades probatorias de las partes.

“En el caso que ocupa a esta instancia, lo primero que debe definir la Sala de Decisión son los límites del incidente de reparación, pues en esa medida, igualmente se delimita la materia a probar y consecuentemente, la conducencia y pertinencia del medio de convicción pretendido practicar.

Con la transformación del sistema penal colombiano, el incidente de reparación integral al que el propio Legislador le adscribió la condición de instrumento de justicia restaurativa, como forma procesal de hacer posible una solución efectiva y oportuna de resarcimiento, adquirió un valor inmenso en particular para la víctima, dejando de ser un procedimiento sobre cuestiones accesorias o secundarias y constituyendo la oportunidad final, única, brevísima, dentro del proceso penal, para reclamar ni más ni menos que la reparación integral de la víctima por el daño causado por el hecho típico, antijurídico y culpable de un *declarado penalmente responsable*.

Se trata entonces, de la instancia procesal para hacer efectiva la indemnización por parte de quien o quienes pueden ser considerados civilmente responsables o deban sufragar los costos de tales condenas (el declarado penalmente responsable, el tercero civilmente responsable y la aseguradora)

Entendiendo como elementos que integran el concepto de reparación integral, no sólo la indemnización pecuniaria fruto de la responsabilidad civil reconocida como consecuencia del daño causado por el delito, reparación en sentido lato, sino cualesquiera otras expresiones que contengan la verdad y la justicia, así como las actuaciones que de modo razonable reclame la víctima del sujeto penalmente responsable, en cuanto forma de cubrir el perjuicio moral y material que ha sufrido.

(...)

Ahora bien, dentro del incidente de reparación integral la facultad de las partes se circunscribe a la posibilidad de debatir la *existencia o no del perjuicio* y el *monto* de la reparación; a *objetar las pretensiones*, así como el *deber* de reparación.

Conforme a tales postulados, resulta evidente que la pretensión probatoria de la defensa en torno a los testimonios de (...) y su hija, son impertinentes de cara a la materia probatoria, ya que, con su inicial argumentación, ellas no son víctimas reconocidas dentro de esta actuación en cuanto se suscitó la subrogación de la obligación por el reembolso asumido por la entidad financiera.

Una vez reconocida la persona afectada, que en este caso lo fue el banco, sin que oportunamente se hicieran objeciones, lo que ahora corresponde es definir la existencia del daño, su monto y el deber de la sentenciada frente al pago.

Luego, el debate que inicialmente promovió el defensor para cuestionar la persona natural o jurídica legitimada para promover la reparación es inoportuna.

Y su posterior complementación, esto es, que son necesarias para romper el nexo causal entre el comportamiento sancionado y el daño, no sólo es extemporánea, sino que no se ajusta a la realidad.”

Relatoría/consulta/2013/Providencias incluidas en los boletines

1.4. M.P. HERNÁNDEZ PEÑA DAGOBERTO– Rad. 110016000013200881514 01 (23-05-13) PREACUERDO – Principio de legalidad / PRINCIPIO DE LEGALIDAD DE LAS PENAS – Preacuerdos suscritos antes de la decisión de exequibilidad adoptada en la sentencia C-645 de 2012, pero no sometidos a control judicial, deben ser ajustados a la legalidad por las partes para poder ser aprobados

“El principio de legalidad mencionado, se erige en rector del ejercicio del poder y su indiscutible presencia en los términos del preacuerdo posibilitan su aprobación, por ello ha dicho la Máxima Corporación de Justicia: “no existe facultad, función o

acto que puedan desarrollar los servidores públicos que no esté prescrito, definido o establecido en forma expresa, clara y precisa en la ley”¹⁸.

En materia penal dicho principio comporta varios elementos que la doctrina especializada reconoce como “los principios legalistas que rigen el derecho penal”¹⁹, los cuales define de la siguiente manera:

“...nullum crimen sine praevia lege: no puede considerarse delito el hecho que no ha sido expresa y previamente declarado como tal por la ley; nulla poena sine praevia lege: esto es, no puede aplicarse pena alguna que no esté conminada por la ley anterior e indicada en ella; nemo iudex sine lege: o sea que la ley penal sólo puede aplicarse por los órganos y jueces instituidos por la ley para esa función; nemo damnetur nisi per legale indicum, es decir que nadie puede ser castigado sino en virtud de juicio legal.”²⁰

Esto quiere decir que para poder legítimamente aplicar sanciones por parte del Estado²¹, y como salvaguarda de la seguridad jurídica de los ciudadanos, deben respetarse estas garantías fundamentales del debido proceso, destinadas a “proteger la libertad individual, controlar la arbitrariedad judicial y asegurar la igualdad de todas las personas ante el poder punitivo estatal”.²²

En torno a cada uno de esos aspectos enunciados, la jurisprudencia ha precisado el entendimiento que debe darse al artículo 29 constitucional²³, haciendo énfasis entre otros temas en los principios de reserva legal y de tipicidad o taxatividad de la pena.

Parámetros que cuando de celebrar preacuerdos entre la Fiscalía y el procesado se trata, están referidos a una labor de adecuación típica, según la cual, se otorga al fiscal un razonable margen de apreciación en cuanto a la imputación, pues con miras a lograr un acuerdo se le permite definir si puede atribuir una conducta o hacer una formulación de cargos que resulte menos gravosa; sin que se le permita seleccionar libremente el tipo penal correspondiente sino que debe circunscribirse a los hechos del proceso.

En efecto, el margen de movilidad está delimitado por las circunstancias fácticas y jurídicas que resultan del caso, de manera que en la alegación conclusiva debe presentarse la adecuación típica de la conducta según los hechos que correspondan a la descripción que previamente ha realizado el legislador en el Código Penal.

Lo cual implica, como lo precisó la Corte Constitucional al examinar la exequibilidad de la facultad otorgada al fiscal de tipificar la conducta con miras a disminuir la pena, que se trata de una simple labor de adecuación y no de construcción del tipo penal, pues en virtud del principio de legalidad que se viene comentando, las normas positivas deben consagrar previamente las conductas punibles y concretar igualmente las sanciones que serán objeto de aplicación por el fiscal.

Por ende, se cumple a cabalidad con el principio de legalidad penal cuando se interpreta en correspondencia con el de tipicidad plena o taxatividad en la medida que la labor, en este caso del fiscal, se limita a verificar si una determinada conducta se enmarca en la descripción típica legal previamente establecida por el legislador o en una relacionada pero con pena menor.

¹⁸ Ver Sentencia C-710/01 M.P. Jaime Córdoba Triviño

¹⁹ Ver Sentencia C-739/00 M.P. Fabio Morón Díaz.

²⁰ Luis Jiménez de Asúa, “Tratado de Derecho Penal. Tomo II Filosofía y Ley Penal”, Edit. Losada, Buenos Aires Argentina, 1950.

²¹ Al respecto debe recordarse que dichos principios se aplican de manera general en el derecho sancionador. Ver Sentencia C-708/99, MP: Alvaro Tafur Galvis.

²² Ver Sentencia C-653/01 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

²³ Ver, entre otras, las sentencias C-127 de 1993, C-344 de 1996 y C-559 de 1999.

En ese orden de ideas, es claro que el *objeto* sobre el cual recae el preacuerdo son los *hechos imputados y sus consecuencias*, y busca que el procesado se declare culpable del delito que se le atribuye, o de uno relacionado de pena menor, a cambio de que el fiscal elimine alguna causal de agravación punitiva, o algún cargo específico, o tipifique la conducta, dentro de su alegación conclusiva de una forma específica con miras a disminuir la pena²⁴ (Art. 350).

De manera que los aspectos sobre los cuales versa el acuerdo son: 1) Los hechos imputados, o alguno relacionado; 2) la adecuación típica –objetiva y subjetiva– incluyendo las causales de agravación y atenuación punitiva; y, 3) las consecuencias del delito (art. 351, inciso 2°) las cuales son de orden penal y civil.

Ahora bien, el *control* sobre los preacuerdos celebrados entre la Fiscalía y el acusado o imputado, que es el asunto de examen, es *judicial*, debe ser ejercido por el juez de conocimiento quien verificará si el mismo desconoce o quebranta garantías fundamentales, pues evidentemente sólo podrán recibir aprobación y serán vinculantes cuando superen este juicio sobre la satisfacción de las garantías fundamentales de todos los involucrados en la actuación (Arts. 350 inc 1° y 351 inc 4° y 5°).

En ese orden de ideas, el ámbito y naturaleza del control que ejerce el juez de conocimiento está determinado por los principios que rigen su actuación dentro del proceso penal como son el respeto por los derechos fundamentales de quienes intervienen en la actuación y la necesidad de lograr la eficacia del ejercicio de la justicia (Art.10); el imperativo de hacer efectiva la igualdad de los intervinientes en el desarrollo de la actuación procesal y proteger, especialmente, a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta (Art. 4°); así como el imperativo de establecer con objetividad la verdad y la justicia (Art. 5°).

Particular incidencia en la determinación del alcance de este control es el inciso 4° del artículo 10, sobre los principios que rigen la actuación procesal; dice la norma: *“El juez podrá autorizar los acuerdos o estipulaciones a que lleguen las partes y que versen sobre aspectos en los cuales no haya controversia sustantiva, sin que implique renuncia a los derechos constitucionales”*.

(...)

Lo que si afecta el preacuerdo por el *principio de legalidad de las penas*, es la rebaja que contiene del 25% de la pena a imponer.

La modificación a la norma efectivamente suscitó multiplicidad de criterios e interpretaciones por la falta de técnica legislativa en su redacción. El parágrafo del artículo 301 del CPP precisa:

La persona que incurra en las causales anteriores solo tendrá ¼ del beneficio de que trata el artículo 351 de la Ley 906 de 2004.

El aludido artículo 351 contempla las “modalidades” de la aceptación de cargos, y aunque inicia con el allanamiento a cargos en el mismo momento de la imputación, hace en seguida mención a los preacuerdos, estipulando la posibilidad de que en ellos se realicen cambios favorables que constituyan la única compensación para el procesado y la variación de los inicialmente formulados, si se allegan nuevos elementos materiales probatorios que así lo impongan, siempre

²⁴ En la sentencia 1260 de 2005, MP, Clara Inés Vargas Hernández, con salvamento parcial de voto y aclaración parcial del Magistrado Jaime Araújo Rentería y aclaración parcial de voto del Magistrado Alfredo Beltrán Sierra, la Corte dispuso: “Declarar **EXEQUIBLE**, por los cargos formulados, la expresión *“Tipifique la conducta de su alegación conclusiva, de una forma específica con miras a disminuir la pena”*, contenida en el numeral 2 del artículo 350 de la Ley 906 de 2004, en el entendido que el fiscal no puede en ejercicio de esta facultad crear tipos penales; y que en todo caso, a los hechos invocados en su alegación conclusiva no les puede dar sino la calificación jurídica que corresponda conforme a la ley penal preexistente”.

claro está, que se pongan en conocimiento del interesado. Finalmente, contempla la participación de la víctima.

Dentro del poder de configuración legislativa, el Congreso promulgó en el 2011 la Ley 1453 para tratar de disminuir los índices delincuenciales que registra la nación; partiendo de la distinción entre los capturados por orden previa y los capturados en flagrancia, estableciendo consecuencias igualmente disímiles en virtud de la aceptación de los cargos, limitando en estos eventos el descuento a una cuarta parte del beneficio previsto en el artículo 351 del CPP.

La discusión llegó a su fin con la decisión de la Corte Constitucional adoptada mediante la sentencia C-645 del 23 de agosto de 2012²⁵, por medio de la cual declaró exequible la norma en forma condicionada, “en el entendido de que la disminución en una cuarta parte del beneficio punitivo allí previsto, debe extenderse a todas las oportunidades procesales en las que es posible al sorprendido en flagrancia allanarse a cargos o suscribir acuerdo con la Fiscalía General de la Nación, respetando los parámetros inicialmente determinados por el legislador en cada uno de los respectivos eventos.”.(subrayas fuera de texto)

De esta manera acogió los criterios plasmados por el máximo Tribunal de Justicia en decisión del 11 de julio de 2012, radicado 38285, ...

(...)

La claridad de las afirmaciones de las altas Cortes impide admitir la apreciación de los recurrentes en cuanto a que la cuarta parte referida en la Ley 1453 de 2011 es *de la pena* y no como la norma lo menciona ahí si con precisión, *del beneficio* que en este caso se aplica sobre la mitad, esto es, corresponde al 12.5%.

Y tampoco es aceptable la tesis de que el acuerdo se hubiese suscrito el 5 de agosto de 2012, porque para entonces ya existía postura de la Corte Suprema de Justicia. Pero aún en gracia de discusión, cuando el mismo fue puesto en consideración de la judicatura, eso es, septiembre 7 de 2007, la Corte Constitucional se había pronunciado frente a la exequibilidad condicionada de la norma. Pero es más, cuando se convocó a su verificación el tema estaba totalmente decantado, por lo que correspondía a la partes ante el juez de conocimiento ajustarlo a la legalidad, pero así no procedieron, mantuvieron el inicial convenio.”

MAX ALEJANDRO FLÓREZ RODRÍGUEZ
Presidente

DORA ELSA USCÁTEGUI LARA
Relatora