



RAMA JUDICIAL
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
BOLETÍN 16 DE SEPTIEMBRE DE 2013

1. PROVIDENCIAS DE INTERÉS DE ESTA CORPORACIÓN

1.1. Sala Civil

El problema jurídico por resolver la Sala consiste en verificar la procedencia de los intereses moratorios solicitados por el demandante con base en las obligaciones derivadas del contrato de compraventa, atendiendo el concepto de la literalidad del título.

"ES LO CIERTO QUE EN EL MENTADO TÍTULO VALOR PROFORMA A PUÑO Y LETRA POR EL DEUDOR RESPECTO AL RECONOCIMIENTO DE INTERESES TANTO DE PLAZO COMO DE MORA SE INDICÓ QUE "NO HAY INTERESES SEGÚN CONTRATO (-0-%)" EN TANTO QUE EN EL CUERPO DEL MISMO SE SEÑALA "INTERESES: QUE SOBRE CERO LA SUMA DEBIDA RECONOCERÉ (MOS) INTERESES EQUIVALENTES AL NO HAY INTERESES POR CIENTO (-0-%) MENSUAL SOBRE EL CAPITAL O SU SALDO INSOLUTO. EN CASO DE MORA RECONOCERÉ (MOS) INTERESES A LA TASA MÁXIMA LEGAL AUTORIZADA", COMO PUEDE VERSE EN ESTA ESTIPULACIÓN EL DEUDOR INSISTE EN QUE "NO HAY INTERESES", LO QUE OBLIGA A INFERIR QUE ESA APARENTE DISCREPANCIA QUE SE ADVIERTE ENTRE LO SEÑALADO EN LA PROFORMA Y LO INDICADO POR EL DEUDOR CAMBIARIO DEBA SER RESUELTA A FAVOR DE LA VOLUNTAD EXPRESA DE ÉSTE, MÁXIME CUANDO LA CAUSA DE EMISIÓN DEL PAGARÉ -DE ACUERDO CON LA PROPIA MANIFESTACIÓN DEL DEMANDANTE-, NO FUE LA CELEBRACIÓN DE UN CONTRATO U OBLIGACIÓN QUE POR SU NATURALEZA LLEVE IMPLÍCITA ESA RENTABILIDAD COMO LO ES VR. GR. EL MUTUO COMERCIAL.

Esa conclusión tiene apoyo en lo manifestado por el recurrente según el cual el título valor tuvo su origen en el contrato de promesa de compraventa que suscribió con la parte ejecutada pensando "**que estaba celebrando un negocio con una persona cumplidora de sus obligaciones y por ello no puso reparo en tal estipulación**", lo que pone en evidencia que era claro para él el alcance de lo consignado en el título allanándose a aceptar lo ofrecido por su deudor, circunstancia que no puede ahora desconocer, so pretexto de hacer efectivo el derecho a la igualdad, como quiera que por la naturaleza de los títulos valores no es viable extender o restringir la ejecución a obligaciones que no estén expresamente contenidas en el cartular, sin perjuicio que ante la no circulación del mismo se pueda probar contra dicha literalidad, pues se itera por virtud de la literalidad es a los términos que allí se impusieron a los que resulta vinculado el obligado cambiario.

Tenemos entonces, que más allá del incumplimiento que pudo tener el demandado en relación a las obligaciones derivadas del contrato de compraventa a que alude el demandante, es lo cierto que de acuerdo con los principios que regentan los títulos valores (como bienes mercantiles), no resultaba viable dentro de la ejecución del pagaré que como medio de pago se entregó ordenarse un pago al que expresamente no se comprometió, sin menos cabio del derecho que le asiste al demandante para reclamar de la jurisdicción el reconocimiento de los perjuicios que la mora o puntualmente el incumplimiento por parte de su co-contrante de las obligaciones a su cargo en la forma y tiempo convenidos, incluso hacer efectiva la cláusula penal pactada.

. (...)

a) La Demanda

José Joaquín Páez Ramírez por conducto de apoderado judicial convocó judicialmente a Pedro Antonio López Chavarría, para que mediante el proceso

ejecutivo se ordene al demandado el pago de \$180.000.000,00 por capital, más los intereses moratorios causados desde el vencimiento del plazo pactado hasta su pago.

b) Los Hechos

Como soporte de la ejecución se adosó el pagare suscrito por el demandado en el que se obligó a pagar la suma de \$180.000.000, de fecha de vencimiento 19 de diciembre de 2012.

Mediante providencia del 11 de abril de 2013, el *a quo* libró mandamiento de pago por ciento ochenta millones de pesos (\$180.000.000), por concepto de saldo insoluto; negó los intereses moratorios solicitados argumentando que al atenerse a la literalidad del título, no hay lugar a éstos.

Inconforme con la anterior decisión, la parte actora interpuso recurso de reposición y en subsidio de apelación argumentando, en síntesis, que donde el pagare indica "no hay intereses según contrato" se refiere a que no se han pactado no que se han renunciado a los mismos; asimismo afirma que no fueron pactados los intereses porque el demandante consideró en su momento que el extremo pasivo iba a cumplir con la obligación.

c) Consideraciones

El Ordenamiento Mercantil consagra los títulos valores como bienes mercantiles, en virtud del cual, toda obligación cambiaria deriva su eficacia de una firma puesta en un título valor y de su entrega con la intención de hacerlo negociable conforme a la ley de su circulación...." (artículo 625 del Código de Comercio) y el suscriptor se obliga conforme al tenor literal del mismo.

Es así como el artículo 619 del mencionado estatuto enseña: "*Los títulos valores son documentos necesarios para legitimar el ejercicio del derecho literal y autónomo que en ellos se incorpora...*", definición de la cual emergen los conceptos de incorporación, literalidad, legitimación y autonomía, que han sido concebidos por la doctrina de la siguiente manera:

Incorporación. Esta característica busca poner de presente la inseparabilidad, la indisoluble unión que en materia de títulos valores se presenta entre el derecho y el documento, toda vez que no podrá existir derecho sin documento que lo contenga.

Literalidad. Hace referencia al contenido impreso en el título, la cual se debe examinar desde el punto de vista activo como pasivo, pues conforme al primero el tenedor de un título valor no podrá invocar más derechos de los que aparecen en el documento, ni puede pretender exigir derechos distintos de los allí insertados y, desde el pasivo el obligado o interviniendo en el mismo no podrá ser forzado a atender prestaciones distintas de las que reza el documento y cumplirá su obligación en la medida que pague la prestación que describe el mismo título.

Legitimación. Es la calidad que tiene el tenedor de un título valor para ejercitar el derecho incorporado en éste, se caracteriza por la identificación del titular del derecho incorporado en documento.

De su parte el negocio jurídico ha sido definido como el instrumento que el derecho le otorga a las personas para la disposición de intereses tendiente a un efecto jurídico el cual puede ser la creación, modificación o extinción de una situación de derecho, pudiendo ser unipersonales o pluripersonales en los que dos o más personas intervienen en la celebración del negocio, siendo manifestación inequívoca de esta categoría los contratos, en los cuales en ejercicio de la autonomía de su voluntad los sujetos tienen la facultad de elegir si celebran o no

determinado acto o convenio jurídico, con quién realizarlo y estipular las cláusulas llamadas a regular la relación así creada, salvedad hecha de los denominados contratos por adhesión-, sin más restricciones que las que imponen la ley, el orden público y las buenas costumbres.

En razón de lo anterior el mismo Legislador previó que los contratos válidamente celebrados se erigen en ley para sus celebrantes, sin que puedan ser invalidados o modificados, sino por causas legales o el mutuo consentimiento (art. 1602 C.C.); de tal manera que todas y cada una de las obligaciones que en él se plasmen son de obligatorio acatamiento para los contratantes.

Respecto del reconocimiento y pago de intereses, se debe hacer claridad respecto del concepto y alcance de éstos, haciendo especial énfasis en la diferencia entre los remuneratorios y moratorios, en razón al diverso tratamiento dado por el legislador civil y comercial en torno a esta temática.

Para ello sea lo primero anotar que de acuerdo con la doctrina y partiendo del concepto de bien productivo que se tiene del dinero, se considera que los 'intereses' son los frutos del dinero, lo que él está llamado a producirle al acreedor de la obligación pecuniaria durante el tiempo que perdure la deuda, el cálculo sobre la base de una cuota o porcentaje del capital.

De la noción anterior emanan las principales características de los intereses a saber:

- 1) Son accesorios; debido a que la obligación de pagarlos depende de una obligación principal, sin la cual no surgen ni existen;
- 2) Son homogéneos, puesto que son un bien fungible y consisten en algo de lo mismo;
- 3) Su periodicidad, ya que se devengan por unidades de tiempo, sean días, meses, años y;
- 4) Su proporcionalidad, pues su medida corresponde al monto del capital, y la tasa o rata es un porcentaje de éste y, por lo mismo, el monto de los intereses resulta de multiplicar tal cuota o porcentaje por la cifra del capital y el número de unidades de tiempo que sean.

Resulta perentorio distinguir los denominados convencionales de los legales, en donde los primeros, son aquellos que pueden pactar libremente las partes, tomando en consideración en todo caso las normas que fijan los límites máximos sobre la materia; y los segundos, aquellos que a falta de estipulación convencional, son señalados por la ley, atendiendo la naturaleza y alcance de la relación sustancial existente entre las partes, valga decir, es aquél previsto o impuesto por la ley, para el caso de las obligaciones civiles, el Código Civil establece la tasa de interés en el 6 % anual, como una tasa de interés pura, mientras que el artículo 884 del Código de Comercio se encarga de regular las tasas de interés cuando no medie acuerdo de voluntades en asuntos comerciales.

A su vez, tanto los intereses convencionales, como los legales pueden ser remuneratorios o moratorios, los cuales han sido definidos así:

REMUNERATORIOS: Corresponden al carácter puramente retributivo, son los que se devengan durante el tiempo que media entre el surgimiento de la obligación y el día en que ha de cancelarse, y corresponden al beneficio o ventaja

que implica para el deudor tener a su disposición el dinero a él prestado o no tener que satisfacer aún el precio del bien o del servicio del que ya entró a disfrutar.

MORATORIOS: Son aquellos que cumplen la función de resarcimiento tarifado o indemnización de los perjuicios, que se presume padece el acreedor por no tener consigo el dinero en la oportunidad debida, de suerte que se reconoce al acreedor el perjuicio que injustamente está recibiendo con la mora del deudor; perjuicio que no será menor del interés legal, dispensado de la prueba, pero que puede ser superior, caso en el cual ha acreditarse su realidad y cuantía.

Ahora bien, la tasa del interés como retribución o compensación a cargo del deudor de una suma de dinero que corresponde al acreedor por conservarla en su poder, puede tener en cuenta además del monto adeudado y el tiempo transcurrido, el costo puro del dinero, el costo o precio del riesgo y el índice de depreciación monetaria o inflación, en este caso su composición será mixta, tendrá una doble función, puesto que de un lado servirá como reconocimiento de los rendimientos de esa suma de dinero de la que se vio privado el acreedor, pero por otro lado, servirá para mantener el poder adquisitivo de la misma, es decir que operará a modo de indexación, situación que justifica las distintas modalidades de tasación autorizadas.

Tales previsiones, denotan que la voluntad del legislador mercantil fue reconocer como lucro para el acreedor de una obligación dineraria y antes de que se estructure la mora del deudor el interés corriente, que para todos los efectos corresponde al interés legal comercial y en consecuencia, resulta viable el pacto de intereses comerciales remuneratorios y moratorios, sobre una misma suma de dinero, por considerar que estos incluyen un factor tendiente a restablecer la pérdida del valor adquisitivo de la moneda.

De lo anterior se colige que el contenido del art. 884 del C. de Comercio, obedece a un criterio meramente supletivo, es decir, el *quantum* de las tasas de intereses señaladas en dicha disposición, se aplica cuando quiera que no se haya hecho pacto expreso al respecto por las partes, sin perjuicio de los límites máximos que en ella se prevén, al cual deben someterse los contratantes por ministerio de la ley, (tasa legal), dado el carácter de normas de orden público que tienen las disposiciones que los regulan y de su parte los funcionarios judiciales velar por su imperativo cumplimiento, adoptando todas las medidas que conforme a su competencia resulten indispensables.

No se discute que nuestro ordenamiento jurídico ha previsto en el artículo 65 de la Ley 45 de 1990, que “En las obligaciones **mercantiles** de carácter dinerario el deudor estará obligado a pagar intereses en caso de mora y a partir de ella”, disposición frente a la cual la Corte Suprema de Justicia ha indicado lo siguiente:

“De conformidad con este artículo 65, que de alguna manera sustituye el artículo 883 del Código de Comercio, la obligación de pagar intereses con ocasión de la mora, se predica no solamente con respecto a las obligaciones surgidas de los negocios y contratos mercantiles, como otra se afirmaba, y como es la del caso, pues a propósito de la resolución del cargo anterior quedó definido que trata de una responsabilidad contractual, sino de todas las “obligaciones mercantiles de carácter dinerario”, como lo expresa la propia norma citada, incluyendo, por

supuesto, entonces, las obligaciones mercantiles de origen legal.”¹ (Negrillas ajenas al texto).

Empero tales disposiciones a más de ser propias de obligaciones mercantiles, de acuerdo con lo dicho en precedencia, tienen una aplicación eminentemente supletiva de la voluntad de las partes, quienes en todo caso en ejercicio de la autonomía de la voluntad puede estipular lo contrario, ante la ausencia de prohibición legal al respecto.

CASO CONCRETO

En el sub judice, se pretende el cobro coactivo de un título valor pagaré, otorgado en un formato proforma, en el cual los espacios en blanco en él contenidos fueron debidamente diligenciados por el otorgante dejando expresa manifestación de su puño y letra del alcance de su voluntad en lo que hace a la obligación contraída, a la cual y en virtud del principio de literalidad que regenta los instrumentos cartulares deberá estarse el tenedor legítimo, de suerte que no podrá exigir más obligaciones que las que punitivamente fueron determinadas por el deudor cambiario, sin que resulte válido que se pretenda por vía de interpretación o de valoración de la causa que le dio origen extender la prestación a asuntos no contenidos en él.

Es lo cierto que en el mentado título valor proforma a puño y letra por el deudor respecto al reconocimiento de intereses tanto de plazo como de mora se indicó que “no hay intereses según contrato (-0-%)” en tanto que en el cuerpo del mismo se señala “INTERESES: Que sobre la suma debida reconoceré (mos) intereses equivalentes al No hay intereses por ciento (-0-%) mensual sobre el capital o su saldo insoluto. En caso de mora reconoceré (mos) intereses a la tasa máxima legal autorizada”, como puede verse en esta estipulación el deudor insiste en que “No hay intereses”, lo que obliga a inferir que esa aparente discrepancia que se advierte entre lo señalado en la proforma y lo indicado por el deudor cambiario deba ser resuelta a favor de la voluntad expresa del éste, máxime cuando la causa de emisión del pagaré –de acuerdo con la propia manifestación del demandante-, no fue la celebración de un contrato u obligación que por su naturaleza lleve implícita esa rentabilidad como lo es vr. Gr. el mutuo comercial.

Esa conclusión tiene apoyo en lo manifestado por el recurrente según el cual el título valor tuvo su origen en el contrato de promesa de compraventa que suscribió con la parte ejecutada pensando “**que estaba celebrando un negocio con una persona cumplidora de sus obligaciones y por ello no puso reparo en tal estipulación**”, lo que pone en evidencia que era claro para él el alcance de lo consignado en el título allanándose a aceptar lo ofrecido por su deudor, circunstancia que no puede ahora desconocer, so pretexto de hacer efectivo el derecho a la igualdad, como quiera que por la naturaleza de los títulos valores no es viable extender o restringir la ejecución a obligaciones que no estén expresamente contenidas en el cartular, sin perjuicio que ante la no circulación del mismo se pueda probar contra dicha literalidad, pues se itera por virtud de la literalidad es a los términos que allí se impusieron a los que resulta vinculado el obligado cambiario.

Tenemos entonces, que más allá del incumplimiento que pudo tener el demandado en relación a las obligaciones derivadas del contrato de compraventa a que alude el demandante, es lo cierto que de acuerdo con los principios que

¹ Corte Suprema de Justicia, Sentencia de 24 de septiembre de 2001, MP, José Fernando Ramírez Gómez

regentan los títulos valores (como bienes mercantiles), no resultaba viable dentro de la ejecución del pagaré que como medio de pago se entregó ordenarse un pago al que expresamente no se comprometió, sin menos cabo del derecho que le asiste al demandante para reclamar de la jurisdicción el reconocimiento de los perjuicios que la mora o puntualmente el incumplimiento por parte de su cocontrante de las obligaciones a su cargo en la forma y tiempo convenidos, incluso hacer efectiva la cláusula penal pactada.

Corolario de lo anterior la determinación de instancia no solo está acorde con las disposiciones que regulan los títulos valores y el ejercicio de la acción cambiaria, sino con lo previsto en el art. 497 del C.P.C., lo que impone su confirmación". (...)

FUENTE NORMATIVA : ARTÍCULOS 619, 625, 883 y 884 del C. de Co.

: ARTÍCULOS 1602 y 1617 del C.C.

: ARTÍCULO 65 de la Ley 45 de 1990

: ARTÍCULO 497 del C.P.C.

:C.S.J., Sentencia de 24 de septiembre de 2001. M.P.José Fernando Ramírez Gómez

FECHA

: 2013-08-13

PROCESO

: EJECUTIVO SINGULAR (APELACIÓN AUTO)

PONENTE

: Dra. NANCY ESTHER ANGULO QUIROZ

DEMANDANTE

: JOSÉ JOAQUÍN PAEZ RAMÍREZ

DEMANDADO

: PEDRO ANTONIO LÓPEZ ECHAVARRÍA

RADICACIÓN

: 1100131030082013 00240 01

DECISIÓN

: CONFIRMÓ AUTO

1.1.2. Sala Civil

El problema jurídico por resolver la Sala consiste en determinar si los bienes inmuebles objeto de la compraventa celebrada entre Jaime Cuellar Zubieta y sus hijas hacen parte de los bienes sociales o bienes propios del causante, dentro de la sucesión, por lo que estudiará lo referente a la acción de simulación y la legitimación en la causa en ese tipo de asuntos, a fin de determinar la viabilidad o no de las pretensiones de la demandante que fueron desestimadas en la instancia.

“LUEGO ENTONCES COMO EL CAUSANTE CUELLAR ZUBIETA ADQUIRIÓ LAS UNIDADES INMOBILIARIAS MENCIONADAS DESDE EL AÑO DE 1993, GOZABA DE TODOS LOS PRIVILEGIOS QUE LE CONFIERE EL DERECHO DE DOMINIO Y PODÍA DISPONER LIBREMENTE DE TALES BIENES, SIN QUE EN MODO ALGUNO PUEDA CONSIDERARSE QUE POR EL HECHO DE CONTRAER MATRIMONIO CON LA SEÑORA MARGARITA SANDOVAL FONSECA EN EL AÑO 2001 ÉSTOS ENTRARAN A FORMAR PARTE DE LA SOCIEDAD CONYUGAL Y QUE POR CONTRA LA CÓNYUGE SUPÉRSTITE TUVIERA RECONOCIMIENTO PATRIMONIAL SOBRE LOS MISMOS, PUES ITERASE, SE TRATA DE BIENES QUE PERTENECÍAN EXCLUSIVAMENTE AL CAUSANTE DADA SU COMPRA ANTERIOR AL VÍNCULO NUPCIAL.

Significa ello, que aun cuando se despacharan favorablemente las súplicas de la demanda a la señora Margarita Sandoval ello no le representaría un beneficio cierto, serio o concreto, puesto que siendo los bienes objeto de compraventa –acá cuestionada- de aquellos propios del haber de cada cónyuge, su restitución al patrimonio de la “sucesión del causante Jaime Cuellar Zubieta” no implica *per se* un acrecimiento del activo de la sociedad conyugal que le confiera a la actora el interés jurídico necesario para impugnar aquél acto de disposición, sin perjuicio del eventual reconocimiento de recompensas que pudieran generarse dentro del trámite liquidatorio de la aludida sociedad de bienes.

Tampoco podría emanar el mentado interés en cabeza de la demandante bajo el argumento de que la preservación del negocio simulado iría en detrimento de la sucesión del señor Jaime Cuellar Zubieta y, por consiguiente de su cónyuge supérstite, por lo que se demanda para la sucesión, pues ante la existencia de descendencia del causante la sucesión se abre en el primer orden hereditario, en el cual la cónyuge no tiene la condición de heredera, quedando limitada su participación en el sucesorio al eventual reconocimiento de porción conyugal², la cual por demás no se abre paso de forma automática, sino cuando el cónyuge sobreviviente opta por ésta al carecer de los medios económicos suficientes para conservar la situación de que había gozado, conforme las previsiones del artículo 1235 del Código Civil, que dispone que el cónyuge sobreviviente podrá a su arbitrio retener lo que posea o se le deba, renunciado la porción conyugal, o pedir ésta abandonando sus otros bienes o derechos".(...)

a) La Demanda Margarita Sandoval Fonseca convocó a juicio a Catalina Cuellar Lozano, Natalia Cuellar Lozano y los herederos indeterminados del causante Jaime Cuellar Zubieta, para que previo el trámite del proceso ordinario se declare la simulación absoluta del contrato de "venta" celebrado entre el señor Cuellar Zubieta (vendedor), "con sus dos únicas hijas" Catalina y Natalia Cuellar Lozano (compradoras), respecto del apartamento 202 y garaje S1-02 del Edificio Navarra, ubicado en la Transversal 20 No. 106A-65/61 de esta urbe, contenido en la Escritura Pública N° 2016 del 26 de diciembre de 2003, otorgada en la Notaría 16 del Círculo de Bogotá, pues lo que en realidad se celebró fue una "donación en perjuicio de los intereses de la sucesión del hoy causante JAIME CUELLAR ZUBIETA".

Como consecuencia de lo anterior, se disponga que los bienes objeto de tal negociación "no han salido del patrimonio del vendedor" como tampoco han ingresado al de las compradoras. Además que dichos predios entran como bien social y "pertenezcan a la sucesión del señor Jaime Cuellar Zubieta, cuyo proceso cursa en el Juzgado Primero de Familia de la ciudad de Bogotá".

Se ordene así mismo, la anulación en los folios de matrícula inmobiliaria 50N-397009 y 50N-396996 de las anotaciones relacionadas con la limitación al derecho de dominio –usufructo- y su cancelación por voluntad de las partes. De igual manera, respecto de la anotación referente al registro de la Escritura Pública número 2016 del 26 de diciembre de 2003, "dejando si vigente el anterior registro a nombre del causante".

b) Los Hechos Como fundamentos fácticos de las pretensiones, la parte actora expuso los siguientes hechos relevantes:

El 26 de diciembre de 2003, el señor Jaime Cuellar Zubieta simuló vender a sus hijas Catalina y Natalia Cuellar Lozano el apartamento 202 y el garaje S1-02 que hacen parte del Edificio Navarra y se distinguen con las matrículas inmobiliarias número 50N-397009 y 50N-396996, respectivamente, acto que se surte mediante Escritura Pública N° 2016 de esa misma fecha corrida en la Notaría 16 de esta ciudad, conforme a la "minuta escrita que le fuera presentada directamente por los interesados", en la que dispone se además que el vendedor se reserva el derecho de usufructo.

La demandante advirtió de la presunta negociación sólo hasta el día 22 de junio de 2006 cuando la demandada –Natalia Cuellar Lozano- "acompañada de la señora FLORENCIA LOZANO REVEIZ, ex esposa del causante le exigieron" que debía

² Según se dispone en el artículo 1230 del Código Civil: "La porción conyugal es aquella parte del patrimonio de una persona difunta que la ley asigna al cónyuge sobreviviente que carece de lo necesario para su congrua subsistencia".

hacer entrega “inmediata” del predio que había adquirido, y más concretamente el 26 de enero de 2007, fecha en que se adelantó audiencia conciliatoria ante la Notaría 71 de esta ciudad y en la que se exhibió la escritura pública contentiva de dicho acuerdo.

La venta cuestionada se realizó por valor de TREINTA Y OCHO MILLONES QUINIENTOS MIL PESOS M/CTE (\$ 38.500.000) “que el vendedor declara haber recibido a su entera satisfacción de manos de las compradoras”, precio que “es absoluta y totalmente irrisorio” si se tiene en cuenta que en el año de 1993, época en que el señor Jaime Cuellar Zubieta adquirió el mencionado apartamento junto con su garaje, pagó VEINTICUATRO MILLONES CIENTO NOVENTA MIL PESOS M/CTE (\$24.190.000), por lo que en “diez años” sólo se refleja una valorización de \$14.310.000, lo que no se compadece ni de la zona de ubicación ni del estrato socioeconómico al que pertenecen –seis-. A más que el presunto valor pagado no alcanza a cubrir el avalúo catastral que tanto el apartamento como el garaje tenían para el 26 de diciembre de 2003.

Se afirma que para la época en que se adelantó la presunta negociación las compradoras no contaban con los recursos económicos propios para adquirir tales bienes, pues Catalina Cuellar Lozano, es una “mujer soltera que vive y trabaja en la ciudad de Sydney Australia y con lo allí devengado debe sufragar su propia subsistencia y manutención”, además en caso de que contara con ahorros superiores a los CINCUENTA MILLONES DE PESOS M/CTE (\$50.000.000) “debió haberlo registrado a la DIAN y a la POLICIA ADUANERA Y FISCAL”. Por su parte, Natalia Cuellar Lozano, también soltera, en esa data “desempeñaba” “un modesto cargo en la Fiscalía General de la Nación”, por lo que no podía contar con un ahorro que le permitiera cancelar el 50% del precio, circunstancias que dejan ver que “no hubo pago de dinero alguno”, por el contrario lo que realmente se celebró entre las partes contratantes fue una “donación oculta” y como la misma no se realizó por medio solemne “no tiene ninguna validez”.

Debido a la avanzada edad del vendedor y la proximidad a su muerte – pues presentaba severas dolencias físicas-, así como la influencia de su primera esposa – quien le “hizo creer la existencia de un derecho de herencia en cabeza de” (sic) sus hijas, lo llevaron a suscribir escritura pública “bajo simulación de venta” cuando en realidad les donaba a éstas los inmuebles referidos.

Aduce además, que para cuando se corrió la escritura pública el presunto vendedor “vivía cómoda y confortablemente en el apartamento y utilizaba el garaje”, “gozaba de un buen estado financiero y estabilidad económica”, luego no tenía necesidad de venderlos “para mejorar sus condiciones de vida”, a más que los dineros “supuestamente” recibidos no se invirtieron en la adquisición de otro inmueble como tampoco en ningún otro tipo de negociación o gastos médicos, hospitalarios, viajes o “gasto exótico”.

Refuerza lo anterior el hecho de que el señor Jaime Cuellar Zubieta “continúo viviendo y ocupando” el inmueble dado en venta hasta el día de su muerte – 22 de junio de 2006-, al igual que siguió asumiendo los gastos que se originaban con ocasión de su uso y goce, por lo que para sus parientes y amigos siempre fue el propietario, al punto que la administración de la copropiedad nunca fue enterada de la presunta negociación, por lo que asistía a las reuniones y era tenido en cuenta, es así como desempeño funciones en la Junta Administradora del edificio de revisor fiscal hasta cuándo ocurrió su deceso.

Señala que existen algunos indicios que ayudan a demostrar la simulación suplicada, como es el hecho de que dentro de la “minuta escrita, presentada para ser solemnizada en escritura pública” el otorgante – Jaime Cuellar Zubieta manifestó que para aquel momento contaba “con sociedad conyugal disuelta y liquidada”, cuando eso era “mentira” y lo que buscaba era “disfrazar la verdad de los hechos de la donación”, pues el 26 de diciembre de 2003 se encontraba casado con Margarita Sandoval Fonseca y tenían sociedad conyugal vigente.

En virtud del vínculo matrimonial que la demandante tenía con el señor Cuellar Zubieta y ante la existencia de sociedad conyugal vigente sostiene que se encuentra legitimada para increpar este tipo de acción, a más que la venta efectuada a sus espaldas le ocasiona un detrimento patrimonial.

ACTUACIÓN PROCESAL

Por auto del 17 de mayo de 2007 se admitió la demanda (fl. 43) ordenando el traslado de la misma al extremo pasivo de litis, quienes dentro de la oportunidad se opusieron a las pretensiones y formularon en su contra las excepciones de mérito que denominaron: “Libre disposición de los bienes propios”, “Compraventa debidamente realizada”, “Capacidad económica de las demandadas”, “Precio ajustado a la realidad comercial del bien”, “Mala fe de la demandante”, “Caducidad de la acción”, “Indebida integración del contradictorio” y la “Excepción genérica”³.

La primera instancia se rituó a través de las etapas de rigor, y culminó con sentencia de 30 de noviembre de 2012 (fls. 442-454 Cd.1), mediante la cual se denegaron las pretensiones de la demanda.

LA SENTENCIA IMPUGNADA

El a quo negó las súplicas de la demanda, luego de considerar que si bien la demandante tiene interés jurídico directo para promover la acción que nos ocupa, “en virtud de ser la cónyuge del vendedor CUELLAR ZUBIETA a partir del 7 de febrero de 2001”, cierto es que los medios de convicción no resultan suficientes para establecer que en verdad el contrato celebrado por medio de Escritura Pública N° 2016 del 26 de diciembre de 2003 fue simulado, pues correspondía demostrar a la demandante “la existencia de las dos declaraciones de voluntad. La una, querida realmente por los contratantes que en este caso serían de un lado, el vendedor JAIME CUELLAR ZUBIETA y de otro, las señoras NATALIA y CATALINA CUELLAR LOZANO, la otra, que es la aparente y que, necesariamente al no ser querida por las partes, estaría incursa en causal de nulidad por falta de consentimiento.”

“(...) no se encontró medio probatorio alguno encaminado a demostrar que el acto jurídico, realizado entre el señor JAIME CUELLAR ZUBIETA con sus dos hijas el 26 de diciembre de 2003, hubiese sido el fruto de un acuerdo previo realizado entre tales intervenientes, para ocultar otro paralelo, que fuera el realmente el querido”, luego entonces como la demandante no cumplió con la carga probatoria impuesta por el legislador en aras de que sus pretensiones pudieran salir avantes, no hay lugar a acoger la mismas.

LA APELACIÓN

³ Escritos obrantes a folios 113 a 123 y 190 a 206 del cuaderno principal.

La parte demandante solicitó la revocatoria de la sentencia de primera instancia, para lo cual adujo, en resumen, que el *a quo* incurrió en una falta de valoración probatoria, ya que de conformidad con los medios de convicción recaudados en el curso de este trámite se acreditaron los hechos alegados en el libelo inicial; puntualiza que contrario a lo dicho por el funcionario de los indicios tales como la “malicia y ocultamiento de información” se evidencia un propósito “dañino y mezquino contra la demandante”, pues al afirmar el vendedor que contaba con sociedad conyugal disuelta y liquidada –cuando ello era mentira– estaba disfrazando la verdad de los hechos, además la negociación cuestionada fue realizada a espaldas de la señora Sandoval Fonseca, quien sólo vino a enterarse de su existencia “cuatro años después y transcurridos casi ocho meses después de la muerte del vendedor” y entonces ¿por qué nunca le hicieron saber de la supuesta compra? ¿Por qué se le ocultó tal hecho?

Aunado a lo anterior, estima desacertado el argumento referente a que “la parte demandante DEBIO DEMOSTRAR LA DONACIÓN”, pues estima que “[E]ste cambio de la carga de la prueba hizo que no se tuviera en cuenta los hechos sustentatorios de la simulación…”, procediendo a realizar una exposición de los presupuestos de la acción que consideran fueron plenamente acreditados “SIN QUE LA PARTE DEMANDADA HUBIERA ACREDITADO los desvirtuantes de la simulación correspondiéndole a las demandadas la carga probatoria del negocio jurídico que originó la venta” (Sic).

c) Consideraciones

La acción instaurada se dirige de manera principal a que se declare la **simulación absoluta** del contrato de compraventa celebrado entre Jaime Cuellar Zubieta y Catalina y Natalia Cuellar Lozano sobre los inmuebles identificados con los folios de matrícula inmobiliaria 50N-397009 y 50N-396996 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Bogotá, “por no haber existido el contrato de venta, sino una donación en perjuicio de los intereses de la sucesión del hoy causante JAIME CUELLAR ZUBIETA”; declarándose así mismo que dichos bienes “no han salido del patrimonio del vendedor” como tampoco han ingresado al de las compradoras, luego entonces entran como bien social y “pertenezcan a la sucesión del señor Jaime Cuellar Zubieta, cuyo proceso cursa en el Juzgado Primero de Familia de la ciudad de Bogotá”; de manera que para el examen se estudiará lo referente a la acción de simulación y la legitimación en la causa en ese tipo de asuntos, a fin de determinar la viabilidad o no de las pretensiones de la demandante que fueron desestimadas en la instancia.

ACCIÓN DE SIMULACIÓN

Simular significa fingir, hacer aparecer lo que no es, dar apariencia o dar aspecto de algo distinto a aquella cosa que realmente se tiene. Lo que se quiere mostrar no corresponde con lo que se quiere estipular.

Ha sido comportamiento de antaño, que en ocasiones los individuos finjan cuando celebran un contrato, buscando satisfacer propósitos, como esquivar las cautelas de los acreedores, defraudar a terceros, evadir intereses del Estado, burlar al cónyuge en sus intereses respecto de la sociedad conyugal, violar claras prohibiciones legales, o simplemente por capricho, o porque no se quiere aparecer como dueño de un bien, o que se sepa quién es el verdadero contratante.

Desde el punto de vista jurídico, en términos generales, han pregonado la jurisprudencia y la doctrina, que por acto simulado ha de entenderse el concierto aparente de las partes, concebido para crear ante terceros la imagen formal de la existencia un determinado negocio jurídico u obran bajo el recíproco entendimiento de que en modo absoluto quieren el acto que aparecen celebrando, ni desde luego

sus efectos, dándolo por inexistente de suerte que la simulación “*constituye un negocio jurídico, cuya estructura genética se conforma por un designio común, convergente y unitario proyectado en dos aspectos de una misma conducta compleja e integrada por la realidad y la apariencia de realidad, esto es, la creación de una situación exterior aparente explicada por la realidad reservada, única prevalente y cierta para las partes. [...] En consecuencia, si de simulación absoluta se trata, inter partes, la realidad impone la ausencia del acto dispositivo exterior inherente a la situación contractual aparente y la permanencia de la única situación jurídica al tenor de lo acordado, y, en caso de la simulación relativa, esa misma realidad precisa, entre las partes, la prevalencia del tipo negocial celebrado, el contenido acordado, la función autónoma que le es inherente, ora los sujetos; a este respecto, lo aparente no está llamado a generar efecto alguno entre las partes y, frente a terceros, in casu, dentro del marco de circunstancias concretas se definirán las diferentes hipótesis que pueden suscitarse entre éstos conforme deriven derechos del titular real o del titular aparente en la cual, por principio se privilegia el interés de quien actuó de buena fe con base en la apariencia en preservación de ésta, la regularidad y certidumbre del tráfico jurídico y de las relaciones jurídicas negociales (...)*”⁴

En virtud de tal conducta, los sujetos pueden pactar: a) que el negocio realizado constituye una mera apariencia que no los vincula y que, por lo mismo, carece de toda función (simulación absoluta); o, b) que el negocio aparentemente realizado sirve para ocultar un empeño negocial distinto y efectivo de los sujetos, que tiene una función autónoma (simulación relativa), en donde ésta última puede darse con referencia al tipo negocial, a la prestación que es objeto del negocio y al sujeto que estipula en aquel, caso en que se habla de interposición ficticia de persona porque el sujeto interpuesto, en virtud de un pacto con el vendedor y con comprador consciente en figurar en el acto como mero “presta-nombre”, quedando en firme que los efectos se produzcan directamente respecto de los verdaderos contratantes.

En relación a las puntuales diferencias entre la simulación absoluta y la relativa el Alto Tribunal de la Jurisdicción Ordinaria ha indicado lo siguiente:

Más exactamente, 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 atañedero a su contenido, ora en lo concerniente a las partes.

Del mismo modo, en la simulación absoluta, las partes están definitivamente atadas por la ausencia del negocio inmerso en la apariencia de la realidad; en cambio, la simulación relativa, impone la celebración de un negocio distinto, verbi gratia, donación en vez de compraventa, y por lo mismo, las partes adquieren los derechos y obligaciones inherentes al tipo negocial resultante de la realidad, empero en ciertas hipótesis y bajo determinadas exigencias, el ordenamiento jurídico impone la tutela de los derechos e intereses de terceros de buena fe frente a las situaciones y relaciones contrahechas al margen del negocio inexistente (simulación absoluta) o diverso del pactado (simulación relativa). En idéntico sentido, por elementales reglas de experiencia, el juicio axiológico sobre la validez o invalidez de los actos dispositivos se emite respecto de los negocios existentes, excluyéndose en los inexistentes, aunque en un plano estrictamente teórico el negocio simulado en forma absoluta podrá estipularse por un incapaz absoluto, en circunstancias de dolo, error espontáneo o violencia o recaer sobre causa u objeto ilícito, hipótesis todas en las cuales la inexistencia excluye la invalidez pro que esta supone y parte de aquella, no

⁴ Sent. C.S.J. cas. civ. de 30 de julio de 2008, M.P. William Namén Vargas. Exp. 41001-3103-004-1998-00363-01.

pudiéndose predicar de un mismo acto dispositivo que es simultáneamente inexistente e invalido”⁵

Los efectos de la simulación son distintos según se trate de absoluta o relativa, en el primer caso el negocio simulado es completamente ineficaz, partiendo de la base de su total inexistencia; en el segundo, el negocio simulado o sea aquel al que las partes entendieron vincularse efectivamente tiene efecto entre ellas.

Para la prosperidad de este tipo de acción, es indispensables la concurrencia de los siguientes presupuestos: a) que el contrato tildado de simulado esté probado; b) que quien demanda esté legitimado para hacerlo y; c) que se demuestre plenamente la existencia de la simulación.

LA LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA

Sea lo primero recordar que de manera reiterada la doctrina y la jurisprudencia nacional han señalado que la legitimación en la causa, en acciones contractuales, como la aquí intentada, en principio la tienen en su condición de partes –demandante y demandada-, aquellos que fungieron como contratantes dentro de los actos censurados, en la medida que son ellos quienes deberán soportar los efectos de cualquier decisión judicial que se adopte respecto de dichos negocios, sin perjuicio del derecho que les asiste a algunos individuos para cuestionar los negocios jurídicos en los que pese a no tener la condición de intervenientes, los efectos de dicho acto afecta de manera directa sus intereses, como es el caso del cónyuge que puede ver afectada su participación en la liquidación de la respectiva sociedad conyugal.

Valga decir además que, este tipo de acciones, se ha sostenido por la jurisprudencia puede ejercerla tanto los contratantes simuladores como sus herederos, y aún tercera personas, bajo la condición de que tengan un verdadero interés jurídico, esto es, que sean titulares de un derecho del que están impedidos de ejercer por el acto aparente, a causa del cual se les ocasiona un perjuicio; en cuanto al extremo pasivo, esta acción deberá dirigirse contra todas las personas que fueron parte en el negocio jurídico simulado o sus herederos, sin perjuicio que pueda encaminarse también contra los posteriores adquirentes o terceros de mala fe.

Es así como la Corte Suprema de Justicia reiteradamente ha pregonado:

“en los casos en que la ley habla del interés jurídico para el ejercicio de una acción, debe entenderse que ese interés venga a ser la consecuencia de un perjuicio sufrido o que haya de sufrir la persona que alega el interés”; es más, con ese perjuicio ‘...es preciso que se hieran directa, real y determinadamente, los derechos del que se diga lesionado, ya porque puedan quedar sus relaciones anuladas, o porque sufran desmedro en su integridad’. Así se ha expresado ésta Corporación, añadiendo que ‘el derecho de donde se derive el interés jurídico debe existir, lo mismo que el perjuicio, al tiempo de deducirse la acción, porque el derecho no puede reclamarse de futuro...en las acciones de esa naturaleza tales principios sobre el interés para obrar en juicio se concretan en el calificativo de legítimo o jurídico, para significar, en síntesis, que al intentar la acción debe existir un estado de hecho contrario al derecho’. (G. J. LXII P. 431)” (cas. civ. sentencia de 17 de noviembre de 1998, exp. 5016). En lo atañedero “a la legitimación para

solicitar la simulación, de tiempo atrás y en forma reiterada ha sostenido esta Corporación que son titulares no sólo las partes que intervinieron o participaron en el acto simulado, y en su caso sus herederos, sino también los terceros, cuando ese acto fingido les acarrea un perjuicio cierto y actual: ‘Puede afirmarse, que todo aquel que tenga un interés jurídico protegido por la ley, en que prevalezca el acto oculto sobre lo declarado por las partes en el acto ostensible, está habilitado para demandar la declaración de simulación. Ese interés puede existir lo mismo en las partes que en los terceros extraños al acto, de donde se sigue que tanto aquellas como éstos están capacitados para ejercitar la acción. Mas para que en el actor surja el interés que lo habilite para demandar la simulación, es necesario que sea actualmente titular de un derecho cuyo ejercicio se halle impedido o perturbado por el acto ostensible, y que la conservación de ese acto le cause un perjuicio’ (G.J. tomo CXIX, pág. 149). En razón de la naturaleza de la acción simulatoria puede decirse entonces que podrá demandar la simulación quien tenga interés jurídico en ella, interés que ‘debe analizarse y deducirse para cada caso especial sobre las circunstancias y modalidades de la relación procesal que se trate, porque es ésta un conflicto de intereses jurídicamente regulado y no pudiendo haber interés sin interesado, se impone la consideración personal del actor, su posición jurídica, para poder determinar, singularizándolo con respecto a él, el interés que legitima su acción’ (G.J. tomo LXXIII, pág. 212)” (cas. civ. sentencia de 27 de agosto de 2002, exp. 6926)6. (Negrilla fuera del texto).

Señaló la Corte acerca del interés jurídico de uno de los cónyuges para demandar la declaración de simulación de un contrato celebrado por el otro, siempre que se trata de bienes integrantes de la sociedad conyugal, que:

“ ‘una vez disuelta la sociedad conyugal los cónyuges están legitimados para demandar la simulación de los actos celebrados por el otro. El interés jurídico es patente en ese caso porque disuelta la sociedad por cualquiera de las causas legales, se actualiza el derecho de cada uno de los cónyuges sobre los bienes sociales para la determinación de los gananciales que a cada uno correspondan. Pero antes de esa disolución puede existir ya el interés jurídico en uno de los cónyuges para demandar la simulación de un contrato celebrado por el otro sobre bienes adquiridos por éste a título oneroso durante el matrimonio cuando la demanda de simulación es posterior a la existencia de un juicio de separación de bienes, o de divorcio, o de nulidad del matrimonio, los cuales al tener éxito, conllevan la disolución de la sociedad conyugal’ (G. J. CLXV 211), caso en el cual se exige que ‘una de tales demandas definitorias de la disolución de dicha sociedad se haya notificado al otro cónyuge, antes de la presentación de la demanda de simulación (Sentencia de Casación Civil de 15 de septiembre de 1993); por supuesto que en eventos como los señalados, asoma con carácter definido una amenaza grave, cierta y actual a los derechos del demandante, toda vez que, sin lugar a dudas, la preservación del negocio simulado acarrea una mengua a sus derechos” (cas. civ. Sentencia 091 de 30 de octubre de 1998, Exp. N° 4920).⁷

CASO CONCRETO

Sea lo primero precisar que si la Sala se atiene al tenor literal del libelo introductorio podría afirmar sin mayor ambages el fracaso de las pretensiones de la demanda, pues allí se deprecó la declaratoria de SIMULACIÓN ABSOLUTA

6 Cita tomada de la Corte Suprema de Justicia, M.P. Dr. William Namén Vargas. Sentencia del 13 de octubre de 2011 Exp. 11001-3103-032-2002-00083-01

7Cita tomada de la Corte Suprema de Justicia, M.P. Dr. William Namén Vargas. Sentencia del 2 de agosto de 2011 Exp. 20001-3103-003-2007-00100-01

respecto del contrato contenido en la Escritura Pública N° 2016 de diciembre 26 de 2003 otorgada en la Notaría 16 del Círculo Notarial de Bogotá, lo que llevaría implícito la inexistencia total del acto, por ausencia de voluntad de las partes de celebrarlo, lo cual no ocurre en el sub judice, pues la misma actora afirma la existencia del mencionado acuerdo volitivo, pero encaminado a encubrir la celebración de contrato distinto como fue la presunta donación a favor de las demandadas, luego no se abriría paso la declaración de simulación absoluta.

Sin embargo, ejerciendo el deber de interpretación de la demanda que se impone al juzgador, se advierte que lo realmente pretendido por la demandante es la declaratoria de SIMULACIÓN RELATIVA del mentado negocio jurídico, en la medida en que, como quedó dicho la señora Sandoval Fonseca no alega la inexistencia absoluta de contenido negocial del acto, sino que realmente se trató de “una donación en perjuicios de los intereses de la sucesión del hoy causante JAIME CUELLAR ZUBIETA”, por lo que desde la perspectiva de la simulación relativa será examinado el presente asunto⁸.

Puntualizado lo anterior, y valorado el acervo probatorio adosado a la causa bien pronto se advierte el aval que se impone a la decisión de instancia que desestimó las pretensiones, en la medida que no se acreditó por la actora el interés jurídico que le permita impugnar los actos dispositivos de su cónyuge.

Lo anterior por cuanto si bien se ha decantado por la jurisprudencia que el interés jurídico que le asiste al cónyuge para ejercer este tipo de acción, el cual surge con ocasión del estado de disolución y liquidación de la sociedad conyugal, éste queda supeditado a la afectación que por causa del negocio simulado pueda sufrir el patrimonio social y de contera los gananciales que en virtud de la liquidación le puedan corresponder, partiendo del presupuesto que una vez disuelta la mentada sociedad se conforma una comunidad universal distinta de los cónyuges, integrada por todos aquellos bienes, derechos incorporales y obligaciones que tengan el carácter de sociales, según las reglas que al respecto consagra el capítulo II del título XXII del libro IV del Código Civil, en tanto que durante su vigencia por la libertad de administración que se tiene de los bienes y la presunción de sociales que cobija a todos los adquiridos a título oneroso durante su existencia, no resulta obligado ninguno de los “cónyuges” a requerir el consentimiento expreso del otro para disponer de aquellos que se encuentren a su nombre, -salvedad hecha de aquellos bienes que formaban parte de las sociedades conyugales preexistentes a la expedición de la Ley 28 de 1932, respecto de los cuales dijo la Corte era imperativo que los actos de disposición que los afectaran fueran realizados por ambos cónyuges-; o de aquellos inmuebles que al momento de su adquisición antes o después del matrimonio (art. 1º), resulten afectados a vivienda familiar en los términos de la Ley 258 de 1996.

No se desconoce que debido al fallecimiento del señor Jaime Cuellar Lozano – 22 de junio de 2006⁹- y ante la existencia de vínculo matrimonial de éste con la señora Margarita Sandoval Fonseca desde el 7 de febrero de 2001¹⁰, la sociedad conyugal existente entró en estado de disolución, pero es lo cierto que

8 “A este propósito, en los juicios de simulación, particularmente, cuando el petitum enuncia la absoluta y se está en presencia de la relativa, menester una apreciación sistemática, cuidadosa e integral de la demanda, para no sacrificar el derecho sustancial con un excesivo formulismo sacramental, desgastando el aparato judicial y acentuando el conflicto”. (C.S.J. Sent. 9 mayo de 2009 citada.).

9 Ver registro civil de defunción obrante a folio 40 del cuaderno 1.

10 Según da cuenta el registro civil de matrimonio obrante a folio 3.

no se está frente a una amenaza grave, cierta y actual, en caso de preservación del negocio simulado, ni sus derechos se pueden ver menguados a la hora de determinar los gananciales que le correspondan dentro de dicha liquidación, como quiera que la negociación impugnada versa sobre un bien que no forma parte del haber de la sociedad conyugal, y por ser de pleno dominio y posesión del vendedor era dable a éste ejecutar cualquier acto de disposición, limitación del dominio o gravarlo con absoluta libertad.

En efecto, de acuerdo con el folio de matrícula de cada uno de los bienes objeto del contrato cuestionado se tiene que el señor Jaime Zubieta Cuellar los adquirió en virtud de un contrato de compraventa que celebrara con Iván Darío Cadavid Arango en el mes de **noviembre de 1993**¹¹, es decir, con anterioridad a la celebración del matrimonio con la demandante –**noviembre de 2001**–, luego se entiende que se trata de inmuebles que pertenecían exclusivamente al causante (bien propio) que no entran a formar parte del haber de la sociedad conyugal, de conformidad con lo dispuesto en la ley sustancial¹².

Luego entonces como el causante Cuellar Zubieta adquirió las unidades inmobiliarias mencionadas desde el año de 1993, gozaba de todos los privilegios que le confiere el derecho de dominio y podía disponer libremente de tales bienes, sin que en modo alguno pueda considerarse que por el hecho de contraer matrimonio con la señora Margarita Sandoval Fonseca en el año 2001 éstos entraran a formar parte de la sociedad conyugal y que por contera la cónyuge supérstite tuviera reconocimiento patrimonial sobre los mismos, pues iterase, se trata de bienes que pertenecían exclusivamente al causante dada su compra anterior al vínculo nupcial.

Significa ello, que aun cuando se despacharan favorablemente las súplicas de la demanda a la señora Margarita Sandoval ello no le representaría un beneficio cierto, serio o concreto, puesto que siendo los bienes objeto de compraventa –acá cuestionada- de aquellos propios del haber de cada cónyuge, su restitución al patrimonio de la “sucesión del causante Jaime Cuellar Zubieta” no implica *per se* un acrecimiento del activo de la sociedad conyugal que le confiera a la actora el interés jurídico necesario para impugnar aquél acto de disposición, sin perjuicio del eventual reconocimiento de recompensas que pudieran generarse dentro del trámite liquidatorio de la aludida sociedad de bienes.

Tampoco podría emanar el mentado interés en cabeza de la demandante bajo el argumento de que la preservación del negocio simulado iría en detrimento de la sucesión del señor Jaime Cuellar Zubieta y, por consiguiente de su cónyuge

11 Anotación numeró 10 del folio de matrícula 50N-397009 y 4 del folio 50N-396996

12 Art.1781 del Código Civil, *El haber de la sociedad conyugal se compone:*

- 1.) *De los salarios y emolumentos de todo género de empleos y oficios devengados durante el matrimonio.*
- 2.) *De todos los frutos, réditos, pensiones, intereses y lucros de cualquiera naturaleza que provengan, sea de los bienes sociales, sea de los bienes propios de cada uno de los cónyuges y que se devenguen durante el matrimonio.*
- 3.) *Del dinero que cualquiera de los cónyuges aportare al matrimonio, o durante él adquiriere, obligándose la sociedad a la restitución de igual suma.*
- 4.) *De las cosas fungibles y especies muebles que cualquiera de los cónyuges aportare al matrimonio, o durante el adquiere <sic>; quedando obligada la Sociedad a restituir su valor según el que tuvieron al tiempo del aporte o de la adquisición.*

Pero podrán los cónyuges eximir de la comunión cualquiera parte de sus especies muebles, designándolas en las capitulaciones, o en una lista firmada por ambos y por tres testigos domiciliados en el territorio.

- 5.) *De todos los bienes que cualquiera de los cónyuges adquiera durante el matrimonio a título oneroso.*

- 6.) *De los bienes raíces que la mujer aporta al matrimonio, apreciados para que la sociedad le restituya su valor en dinero.*

Se expresara así en las capitulaciones matrimoniales o en otro instrumento público otorgado al tiempo del aporte, designándose el valor, y se procederá en lo demás como en el contrato de venta de bienes raíces.

Si se estipula que el cuarto cierto que la mujer aporta, puede restituirse en dinero a elección de la misma mujer o del marido, se seguirán las reglas de las obligaciones alternativas.

supérstite, por lo que se demanda para la sucesión, pues ante la existencia de descendencia del causante la sucesión se abre en el primer orden hereditario, en el cual la cónyuge no tiene la condición de heredera, quedando limitada su participación en el sucesorio al eventual reconocimiento de porción conyugal¹³, la cual por demás no se abre paso de forma automática, sino cuando el cónyuge sobreviviente opta por ésta al carecer de los medios económicos suficientes para conservar la situación de que había gozado, conforme las previsiones del artículo 1235 del Código Civil, que dispone que el cónyuge sobreviviente podrá a su arbitrio retener lo que posea o se le deba, renunciado la porción conyugal, o pedir ésta abandonando sus otros bienes o derechos.

Al consagrarse la disposición “lo que posea” o a “sus otros bienes”, se está refiriendo a los bienes propios del cónyuge sobreviviente; cuando emplea las frases “se le deba” o “derechos” está aludiendo a los gananciales. Esto quiere decir que el cónyuge sobreviviente, antes de ejercer el derecho de opción, tendrá que precisar cuál es su monto de gananciales o a cuánto asciende su porción conyugal para así resolver sobre la situación más ventajosa, si este es el criterio que se adopta para decidir¹⁴.

Obsérvese que el inciso 1º del artículo 594 del C. de P. Civil, establece que: “Cuando el cónyuge sobreviviente pueda optar entre porción conyugal y gananciales (porque es posible que no pueda hacerlo en el proceso de sucesión, por ya haberlo hecho, si medió separación de los cónyuges) deberá hacer la elección antes de la diligencia de inventario y avalúos. En caso de que haya guardado silencio se entenderá que optó por gananciales, sin necesidad de auto que así lo declare”¹⁵.

En el asunto que ocupa la atención de la Sala tal supuesto no se encuentra acreditado, como quiera más allá de haberse aludido a la existencia del juicio sucesorio del señor Cuellar Zubia ante el Juzgado Primero de Familia de Bogotá, no se allegó documental que dé cuenta de la existencia de su estado y, particularmente, del hecho cierto e indiscutible de que la señora Sandoval hubiera exteriorizado allí su intención de optar por porción conyugal, dentro de la oportunidad prevista en la ley, lo que pone en evidencia que carece de interés alguno en el mencionado sucesorio y por tanto no está legitimada para demandar los actos de disposición que eventualmente hubiera podido ejecutar el causante en detrimento de los derechos de sus herederos o la titular de porción conyugal.

Y no se diga que el interés que presuntamente le asiste a la convocante surgió con ocasión de la unión marital de hecho que tuvo con el causante desde el año de 1995, pues igualmente resulta desafortunado, si se tiene en cuenta que para pregonar su existencia se exige declaración judicial en ese sentido, y ello obliga a quien pretenda alegar algún derecho derivado de la condición de compañero permanente, como sería la legitimación para demandar los actos de disposición del patrimonio realizados por el otro en detrimento del patrimonio social, a demandar previamente el pronunciamiento judicial correspondiente que le reconozca esa condición, circunstancia que no se encuentra acreditada dentro del sub lite, no bastando con una mera “declaración extraproceso”. Máxime que al igual como ocurre en la sociedad conyugal, dado que se trata de bienes adquiridos con anterioridad a su conformación no entran a formar parte del activo de la sociedad.

13 Según se dispone en el artículo 1230 del Código Civil: “La porción conyugal es aquella parte del patrimonio de una persona difunta que la ley asigna al cónyuge sobreviviente que carece de lo necesario para su congrua subsistencia”.

14 SUÁREZ FRANCO, Roberto. Derecho de sucesiones. Bogotá D.C. Editorial Temis S.A., 2003 p.314

15 Ibid.

Así las cosas, a no dudar la actora en este asunto no cumplió con uno de los presupuestos de la acción, cual es, que quien demande esté legitimado para hacerlo, en virtud de la existencia de interés jurídico, pretendiendo superar dicha carencia bajo el amparo de varios argumentos, que como quedare atrás ilustrado resultan desafortunados y que en modo alguno evidencian una directa, real y determinante afectación de sus derechos con ocasión de la celebración del negocio jurídico que aduce ser simulado.

Siendo esto así se tiene que la decisión proferida por el juzgador de primer grado esta llamada a ser confirmada, pero en atención a los argumentos plasmados en esta providencia". (...)

FUENTE NORMATIVA : ARTÍCULOS 1230, 1235 y 1761 del C.C.

- : ARTÍCULO 594 inciso 1º del C.P.C.
 - : Ley 28 de 1932
 - : Capítulo II del Título XXII del Libro IV del Código Civil
 - : Ley 258 de 1996
 - : SUÁREZ FRANCO, Roberto. Derecho de Sucesiones. Bogotá D.C.
 - : Editorial Temis S.A., 2003 p. 314
 - : C.S.J., Sentencia de 30 de julio de 2008. M.P. William Namén Vargas Exp. 363
 - : C.S.J., Sentencia de 6 de mayo de 2009. M.P. William Namén Vargas Exp. 0083
 - : C.S.J., Sentencia de 13 de octubre de 2011. M.P. William Namén Vargas Exp. 83
 - : C.S.J., Sentencia de 2 de agosto de 2011. M.P. William Namén Vargas Exp. 100
 - : C.S.J., Sentencia de 30 de octubre de 1993. M.P. Exp. 4920
 - : G.J. LXII, pág. 431 ; G.J. Tomo CXIX P. 149, G.J. Tomo LXXIII, pág. 212
 - : G.J. CLXV 211 Sentencia de 15 de septiembre de 1993
 - : C.S.J., Cas. Civ. Sentencia de 17 de noviembre de 1998, Exp. 5016
- FECHA** : 2013-05-02
- PROCESO** : ORDINARIO (APELACIÓN SENTENCIA)
- PONENTE** : Dra. NANCY ESTHER ANGULO QUIROZ
- DEMANDANTE** : MARGARITA SANDOVAL FONSECA
- DEMANDADO** : NATALIA Y CATALINA CUELLAR LOZANO
- RADICACIÓN** : 1100131030152007 00060 01
- DECISIÓN** : CONFIRMÓ SENTENCIA IMPUGNADA

1.2 SALA PENAL

1. PROVIDENCIAS DE ESTA CORPORACIÓN

1.1. M.P. MUÑOZ NEIRA ORLANDO – Rad. 11001600002820090158001 (12-07-13) REGLA DE EXCLUSIÓN PROBATORIA – Frente a la violación de domicilio – Excepción de descubrimiento inevitable.

“El domicilio, que en nuestro derecho civil es catalogado como un atributo de la personalidad, vale decir, como un elemento esencial a la persona humana, es protegido en las constituciones de las democracias modernas justamente por ser una de las manifestaciones medulares de la dignidad inherente al ser humano. La Constitución Política de Colombia resguarda al domicilio bajo esta concepción¹⁶, de modo que la protección superior no mira un mero aspecto de propiedad privada, ni una faceta simplemente física del domicilio. De ahí que, más que la protección de un bien físico en sí, es la relación del ser humano con ese entorno material que le sirve de resguardo para sí y los suyos, la que suscita el amparo jurídico.

Suntuosa o humilde, magna o estrecha, la residencia que el Constituyente cataloga como domicilio no es cualquier inmueble, sino aquel en el que mora una persona determinada. Por consiguiente, si una habitación ha sido claramente

abandonada (*relicta domum*), no puede darse a tal lugar la connotación de domicilio en los términos constitucionales.

6.2. Jurisprudencia penal sobre la regla de exclusión

En el evento que ocupa la atención de este Tribunal, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha señalado los rasgos principales que componen la regla de exclusión probatoria, ya sea por ilicitud o ilegalidad en la obtención del medio recaudado cuya introducción se pretende, diferenciando las implicaciones jurídicas que se extraen. En palabras del máximo órgano de la jurisdicción ordinaria:

“El artículo 29 de la Constitución Política consagra la regla general de exclusión al disponer que es nula de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso. La exclusión opera de maneras diversas y genera consecuencias distintas dependiendo si se trata de prueba ilícita o prueba ilegal. Se entiende por prueba ilícita la que se obtiene con vulneración de los derechos fundamentales de las personas, entre ellos la dignidad, el debido proceso, la intimidad, la no autoincriminación, la solidaridad íntima, y aquellas en cuya producción, práctica o aducción se somete a las personas a torturas, tratos cueles, inhumanos o degradantes, sea cual fuere el género o la especie de la prueba así obtenida.

La prueba ilícita debe ser indefectiblemente excluida y no podrá formar parte de los elementos de convicción que el juez sopesa para adoptar la decisión en el asunto sometido a su conocimiento, sin que pueda anteponer su discrecionalidad ni la prevalencia de los intereses sociales.

‘La prueba ilegal se genera cuando en su producción, práctica o aducción se incumplen los requisitos legales esenciales, caso en el cual debe ser excluida como lo indica el artículo 20 Superior.

En esta eventualidad, corresponde al juez determinar si el requisito legal pretermitido es esencial y discernir su proyección y trascendencia sobre el debido proceso, toda vez que la omisión de alguna formalidad insustancial por sí sola no autoriza la exclusión del medio de prueba (Énfasis fuera del texto)”¹⁷.

Por otro lado, ha reconocido el alto Tribunal que en proyección del canon constitucional del debido proceso, existe ciertamente, para las partes en disputa, el derecho a la prueba, íntimamente relacionado, por un lado, con el derecho de defensa de quien se encuentra incursa en la acción penal, pero también con el derecho de las víctimas -y de la comunidad en general-, a la verdad, la justicia y la reparación de los daños, con ocasión de las conductas penalmente relevantes y lesivas de bienes jurídicos tutelados por el legislador. Al analizar *in extenso* la figura, abordándola incluso como un derecho de rango fundamental, señaló la Corte:

“(….) omitir la incorporación de un medio probatorio trascendente para los fines del proceso no sólo implicaría el elevado riesgo de vulnerar el derecho de defensa, como ya se señaló, sino incluso los derechos de la víctima a la verdad, justicia y reparación (en el evento de que la petición desestimada apoyase las pretensiones de la contraparte)”¹⁸.

6.2.3. Es por lo acabado de referir que nuestro Tribunal de Casación, al momento de estudiar el tópico de la exclusión probatoria cuando los medios de cognición debatidos –se alega- fueron obtenidos con violación de derechos fundamentales y por tanto se denuncian como ilícitos, ha expuesto la necesidad de realizar un juicio de ponderación entre el derecho a la prueba y la garantía constitucional presuntamente afectada -en el caso *sub judice* y según lo manifiesta la defensa, el

17 Entre otras: CSJ Penal, 18 May. 2011, e35378, J.E. Socha.

18 Sobre las dimensiones del derecho a la prueba: CSJ Penal, 1º Jul. 2009, e25606 y 8 Jun. 2011, e35130, J.E. Socha.

derecho a la intimidad y a la inviolabilidad del domicilio del acusado, o *the right to be let alone*-, de modo que si la mentada restricción de la autoridad policial supera el test de necesidad, idoneidad y proporcionalidad en sentido estricto, no existe conducta vulneratoria y la evidencia que se objeta ha de ser debidamente decretada para practicarse en el juicio¹⁹.

6.3. Regla de exclusión y domicilio

6.3.1. Así las cosas, la exclusión de evidencia por violación del domicilio no puede decretarse con la simple acreditación de que los agentes del orden hayan ingresado a un lugar en el que supuestamente reside una persona determinada. Es deber del operador judicial determinar que ese lugar tenía una conexión particular con esa persona. Si media el abandono del lugar, no será posible predicar la permanencia de esta particular relación hombre-bien que es la que permite que el canon constitucional cobre vigor en un registro carente de orden y control judiciales.

La protección que el debido proceso exige no puede, en todo caso, imprimir una especie de ceguera en el intérprete judicial que le impida determinar, en el caso que a su examen se somete, si el bien inmueble en el cual la policía judicial ha hecho su ingreso para recolectar evidencias, sin orden precedente de autoridad judicial, es un espacio físico que le sirve de protección, morada o paradero permanente a un ser humano en particular.

Por supuesto, no se trata de exigir una permanencia física sin interrupción alguna, lo cual carecería de sentido, pero sí de observar si el lugar frente al que se pretende la protección del art. 28 constitucional es en realidad un domicilio privado o no.

En ese sentido, regla de exclusión y expectativa razonable de intimidad van unidos. Si tal expectativa, con base en las evidencias razonablemente aportadas, no emerge, la protección constitucional se diluye, y no es pertinente.

6.3.2. Tal es el espíritu de esta regla que, nacida en suelo estadounidense en la época de la Corte Warren con el caso *Mapp v. Ohio*²⁰, ha cruzado los mares para seducir al derecho continental europeo, sobre todo en su variante relativa a la ilicitud no solo de la prueba que viola derechos fundamentales, sino también a aquellas que son fruto de esta²¹.

Si bien en territorio estadounidense, la exclusión ha surgido no por dictado expreso del canon constitucional, sino por interpretación judicial como remedio a actuaciones ilícitas de los agentes del orden encargados de la recolección de evidencias en casos criminales²², y en el nuestro, es la propia Carta la que, sin rodeos la consagra, lo cierto es que en uno y otro sistema jurídico nadie osaría en dar protección judicial a un bien inmueble *per se* sin la relación que, estima este Tribunal, es inescindible con el ser humano²³.

No otro es el origen de las excepciones que se han ido construyendo frente a lo que, en apariencia, puede resultar una prueba ilícita. Si, como lo señala el célebre caso

19 CSJ Penal, 19 May. 2010, e33548, J.E. Socha.

20 367 U.S. 643 (1961). Los casos de la jurisprudencia estadounidense que aquí se mencionan han sido citados y explicados por nuestra Corte Constitucional (SU-159/2002 MJ Cepeda Espinosa)

21 Miranda Estrampes, Manuel. El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal. 2^a edición. JM Bosch Editor, Barcelona, 2004, pp. 113 y ss.

22 United States v. Calandra, 414 U.S. 338 (1974).

23 *Katz v. U.S.* 1967; 389 U.S. 347. En este asunto quedó claro que no puede predicar la privacidad del domicilio quien, por ejemplo, en una cabina telefónica habla con voz fuerte y es escuchado por extraños, incluida la policía.

estadounidense *Nix vs. Williams*²⁴ el descubrimiento de la evidencia es inevitable, o si, como otros asuntos lo han señalado, la fuente de la evidencia tachada de ilícita es independiente del presunto acto irregular, o si el vínculo entre este y su resultado es atenuado²⁵, entonces ninguna protección constitucional emerge, y la evidencia resulta admisible.

6.4. El caso concreto

(...)

Puestas así las cosas, tenemos que la entrada de los servidores de policía judicial a la morada del occiso, primero, y después a la antigua morada del acusado (que ahora estaba abandonada) se justificaba en un fin constitucionalmente legítimo, cual era el de investigar con celeridad y de manera integral todas las circunstancias temporo-modales en que fue ejecutado el homicidio, para contribuir así a garantizar los derechos a la verdad, la justicia y la reparación de sus dolientes. Si la parte del inmueble que días atrás ocupara el acusado, estaba ahora abandonada, exigir el trámite de una orden de allanamiento y registro, era una innecesaria dilatación propia de una manía proceduralista.

6.4.2. En segundo lugar, en medio del angustioso hallazgo del cuerpo del occiso por sus parientes cercanos, hay que decir que lo mínimo que un sistema de derecho democrático debe permitir a esas víctimas es penetrar a la residencia del ahora inerte y constatar qué le había pasado a aquél. Lógico también era que avisaran a las autoridades y dieran el beneplácito para el ingreso de estas.

Y, en las circunstancias fácticas analizadas por la policía y por los parientes de la víctima, emergía diáfano el abandono del hoy acusado del lugar inspeccionado, si paramos mientes en que las averiguaciones llevadas a cabo por los agentes del orden con los vecinos del occiso dieron como resultado que ni el señor Cruz y el señor P. B. habían sido vistos en varios días; la dantesca escena de los acontecimientos se encontraba en absoluto estado de abandono, y en algún momento debía ser inspeccionada por los investigadores de policía judicial, dadas las permanentes y apenas comprensibles inquietudes de la comunidad al respecto. Los policías observaron abierta la puerta de la otra habitación del hoy acusado, luego a su plena vista tenían las evidencias que después recolectaron.

La presencia del cadáver y de las evidencias cuya supresión implora la defensa, era un hecho fulgurante que difícilmente podía pasar desapercibido: se trataba de un cadáver en descomposición cuyo ineluctable hallazgo resultaba cuestión de tiempo; ello permite a esta Corporación colegir, sin temor a equívocos, que el descubrimiento y recolección de las evidencias más inmediatas y próximas del homicidio, ubicadas en la solitaria y particularmente desordenada habitación contigua, constituía un asunto que estaba llamado a develarse forzosamente, con independencia de que existiera o no una orden de registro.

Así, el descubrimiento era inevitable de modo que resulta aplicable lo que sobre el punto ha expuesto la jurisprudencia nacional al anotar que:

“Efectivamente, no queda duda que la ilicitud de la prueba contamina a las que se derivan de ella, esto es, aquellas que tienen su fuente en una que

24 467 U.S. 431 (1984). Si un cadáver se encuentra, por ejemplo, en virtud de información aportada por el sospechoso, tomada por la policía sin la presencia de su abogado, pero los esfuerzos de la misma policía o de un número considerable de colaboradores permite inferir que el cuerpo sin vida será de todos modos encontrado, el hallazgo no es ilícito, sino inevitable.

25 C. de P.P. art. 455. Así la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha enfatizado en que no toda irregularidad procesal en materia probatoria activa la cláusula de exclusión; únicamente aquella con verdadera proyección y trascendencia en los derechos del implicado, particularmente los derechos de defensa y contradicción. Señala la Corte que “*[c]omo corolario de lo expuesto, debe admitirse, como así, claro está, también lo ha reiterado la Sala, no resulta imperativa la exclusión cuando se trata de una prueba afectada por irregularidades menores, que por esa misma entidad no desconocen derechos fundamentales ni afectan la estructura del proceso ni el derecho de defensa*” CSJ Penal, 6 Abr. 2005, e21483, M. Solarte y 17 Nov. 2010, e35132, J.E. Socha.

*constitucional o legalmente no es válida de acuerdo con los criterios basados en la jurisprudencia anglosajona acerca de la “Teoría de los frutos del árbol envenenado”, (fruit of the poisonous tree doctrine) que paulatinamente también ha establecido excepciones al principio de excluir la prueba ilícita en sí misma, como la que se desprende o es consecuencia de ella al fijar salvedades que llevan a escindir un nexo fáctico y uno jurídico entre la prueba principal y la refleja que hace tener a esta última como admisible si se advierte que proviene de (i) una fuente independiente (independent source), es decir, si el hecho aparece probado a través de otra fuente autónoma; (ii) o cuando tiene un vínculo atenuado (purged taint) con la principal, o (iii) cuando se trata de un descubrimiento inevitable (inevitable discovery) en caso que por otros medios legales de todas maneras se habría llegado a establecer el hecho”*²⁶.

Queda así reforzada la tesis, verificada con creces por este Tribunal, según la cual, a voces del artículo 230 del Código de Procedimiento Penal, no existía una verdadera expectativa razonable de intimidad que justificara la emisión de una orden de la Fiscalía General de la Nación²⁷.

Relatoría/consulta/2013/Providencias incluidas en los boletines

1.2. M.P. MUÑOZ NEIRA ORLANDO – Rad. 11001600001820050373701 (16-08-13) PRINCIPIOS DE INMEDIACIÓN Y CONCENTRACIÓN – Noción y alcance - El paso del tiempo y las interrupciones de la audiencia de juicio, ante el mismo funcionario judicial, afectan en menor medida la integridad del procedimiento adversarial que el cambio de juez.

6.1.1. Una de las implicaciones de la entrada en vigencia de la Ley 906 de 2004, y punto neurálgico de su existencia y desarrollo, es la plena consolidación, en cabeza de todos los ciudadanos, del derecho a un juicio oral, público, concentrado, ante un juez imparcial y con inmediación de las pruebas²⁸. En ese orden de expresiones, si bien los principios de inmediación y concentración, connaturales a un proceso por autonomía adversarial, no hacen parte, según la jurisprudencia patria, del núcleo esencial del derecho fundamental al debido proceso, lo cierto es que una vez implementado y desarrollado el sistema penal acusatorio, y dejada atrás la ritualidad inquisitiva en la que gobernaba el principio antagonista de permanencia de la prueba, aquellos se han convertido en una garantía procesal cuyo desconocimiento conlleva, *prima facie*, la invalidez de la actuación.

6.1.2. En palabras sencillas, la inmediación se refiere al contacto directo, sensorial y permanente del funcionario de conocimiento, en todas las etapas del juicio, tanto con los medios probatorios cuya incorporación debe surtirse en su presencia, como con las partes en litigio, y muy especialmente, con el acusado. La concentración, por su parte, alude a la práctica de la prueba en un lapso que no se torne discontinuo y prolongado (en un solo acto, si es posible) en aras de preservar la memoria del fallador y su adecuada percepción de los medios de conocimiento que recauda.

6.1.3. Los alcances del principio de concentración, cuya aplicación irrestricta invoca el censor en favor de su cliente, han sido precisados por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en los siguientes términos:

26 CSJ Penal, 13 Jun. 2007, e24252, J.E. Socha.

27 ARTÍCULO 230. *Excepciones al requisito de la orden escrita de la fiscalía general de la nación para proceder al registro y allanamiento.* Excepcionalmente podrá omitirse la obtención de la orden escrita de la Fiscalía General de la Nación para que la Policía Judicial pueda adelantar un registro y allanamiento, cuando (...) 2. No exista una expectativa razonable de intimidad que justifique el requisito de la orden. En esta eventualidad, se considera que no existe dicha expectativa cuando el objeto se encuentra en campo abierto, a plena vista, o cuando se encuentra abandonado.

28 Artículo 250 de la Constitución, numeral 4º.

“El mencionado principio tiene, por lo menos, los siguientes alcances. El primero, referido a que las pruebas fundamento de las decisiones de mérito no sean recaudadas a lo largo de todo el diligenciamiento, ni siquiera en cualquier momento del ciclo de juzgamiento, sino únicamente, por regla general, salvo excepciones regladas sobre el particular (v.g. prueba anticipada), de manera concentrada en la oportunidad dispuesta para ello por el legislador dentro del debate oral.

El segundo, íntimamente relacionado con el principio de inmediación, se orienta a evitar que los medios de convicción arriben al conocimiento del juez a quien corresponde resolver el asunto, luego de haber sido recaudados por otros funcionarios, pues ello crea un escollo en el conocimiento directo y objetivo, sin intermediarios, que debe asistir al fallador sobre el asunto cuya reconstrucción intenta a través de las pruebas. Es por ello, que en el sistema penal acusatorio no opera el principio de permanencia de la prueba (...)

Con dicha preceptiva se pretende evitar la desconcentración en el recaudo probatorio, como ocurría en estatutos procesales anteriores, en los cuales era posible que un funcionario inicialmente practicara pruebas y recaudara evidencias en la escena del delito dentro de la indagación preliminar y otro adelantara la instrucción y también practicara diligencias (...).

El tercero, en conexión con el principio de contradicción, propugna por conseguir que el debate librado por los sujetos procesales e intervenientes dentro del momento establecido para ello en el juicio respecto de la validez y aporte demostrativo de cada una de las pruebas en las cuales apoyan sus diferentes pretensiones e intereses, se surta delante del juez al que corresponde discernir, como tercero imparcial, de lado de quién y en qué medida se encuentra la razón.

Este alcance también brinda a los sujetos procesales e intervenientes la seguridad de que los elementos de juicio de sus contendientes serán conocidos en un momento específico definido para ello, y será allí cuando tendrán la oportunidad de adelantar sus estrategias conforme a sus intereses.

El cuarto, relacionado con el principio de oralidad, patrocina que el debate probatorio propio del juicio, así como las alegaciones que en él presenten los sujetos procesales e intervenientes, se realicen de manera oral, en procura de asegurar la agilidad y fidelidad a la actuación, “sin perjuicio de conservar registro de lo acontecido”.

El quinto, congruente con el principio de continuidad, apunta a que “la práctica de pruebas y el debate deberán realizarse de manera continua (...) Desde luego, el alcance del principio de concentración no precisa necesariamente de la realización del juicio oral en una sola audiencia y en un solo día, pues al utilizar el término “no puede realizarse en una sola jornada”, el legislador condicionó tal acontecer a que estén dadas las circunstancias para ello, esto es, siempre que sea posible en el contexto real donde se desarrolle dicha diligencia, por ejemplo, ponderando la complejidad del asunto, la cantidad de pruebas admitidas que deban practicarse, la necesidad de conducir a testigos renuentes, la inasistencia de los sujetos sin cuya presencia no resulta viable surtir el juicio, amén de las obligaciones del funcionario respecto de otros trámites cursantes en su despacho (Énfasis fuera del texto)”²⁹.

29 CSJ Penal, 4 Mar. 2009, e30645, M.R. González. En igual sentido, providencia del 7 Sep. 2011, e35192, J.L. Barceló.

6.1.4. De los precedentes reseñados se infiere, sin asomo de duda, que el principio de concentración, en tanto integrante de la estructura probatoria del juicio oral, no puede invocarse de manera aislada y descontextualizada, sino en el marco de cada caso concreto, en armonía con otros principios que orientan y gobiernan la actuación penal, y de cara, por supuesto, a la efectividad de los derechos fundamentales de las partes. Correlativamente, un estudio integral y coherente de aquel, como el que ha llevado a cabo la Corte, permite inferir que sus implicaciones van más allá de la sola exigencia de evitar la prolongación injustificada del juicio oral o la distorsión de la memoria por la distancia de la práctica probatoria.

6.1.5. Es importante recordar, dentro de este hilo de argumentación, que la jurisprudencia del máximo órgano de la jurisdicción ordinaria penal sobre las dimensiones normativas de los principios de inmediación y concentración no ha sido del todo pacífica. Dicho a grandes rasgos, un primer momento puede identificarse con una concepción *amplia* de tales principios, en donde la Corte consideró inadmisible, verbigracia, que la emisión de la sentencia correspondiente, e incluso el sentido de fallo, se realizara por un servidor judicial distinto de quien había presenciado la práctica probatoria, eventualidad que en criterio de la alta Corporación ameritaba la anulación del juicio, y su consiguiente repetición³⁰.

6.1.6. La confrontación de las exigencias rituales del sistema penal acusatorio con la realidad de la práctica judicial colombiana, sumada a la imperiosa necesidad de atemperar los postulados de concentración e inmediación, de tal manera que se pudiera plantear una concepción de los mismos que resultara sensible con otros fines primordiales del proceso y con los derechos fundamentales de las partes -pero, en particular, con el derecho de acceso a la administración de justicia de la víctima-, llevó a nuestro Tribunal de Casación a realizar un viraje en la forma de abordar la materia, cuyo punto culminante se produjo en un reciente pronunciamiento en el que, después de analizar *in extenso* la evolución jurisprudencial sobre el punto, y plantear la necesidad de retomar su estudio, marcó un nuevo derrotero de análisis, de la manera que sigue:

“(...) aunque no se discute que los principios de concentración e inmediación, en cuanto soporte del principio de oralidad, son parte sustancial del sistema penal acusatorio, no es posible mantener una regla rígida de repetición del juicio en los casos en que la persona del juez que presenció las pruebas en las cuales se basa la sentencia, no es la misma que anuncia el sentido del fallo y profiere la sentencia, pues, debe precisarse, en la medida que no se trata de principios absolutos, en todos los eventos será necesario ponderar los efectos del ámbito de protección de los principios procesales, en orden a prevenir la afectación de principios de mayor alcance tutitivo o decisiones infortunadas, arbitrarias e injustas frente a los derechos de las víctimas o terceros involucrados en la actuación (...)”

Todo lo anotado en precedencia permite llegar a las siguientes conclusiones:

1. *El principio de inmediación tiene una connotación eminentemente procesal, definida por el tipo de procedimiento adoptado en determinado momento histórico.*
2. *El principio de inmediación no hace parte del núcleo fuerte del debido proceso que en Colombia se instituye constitucionalmente en el artículo 29 de la Carta Política, aunque, ya instituido el trámite consagrado en el artículo 250 de la misma, su eliminación o afectación del núcleo básico sí conduce a*

³⁰ Como buena representación de esta vertiente: CSJ Penal, 17 Mar. 2010, e32829, S. Espinosa.

estimar violado el debido proceso y, consecuencialmente, los dictados de la Constitución.

(...)6. Tanto la posibilidad de impugnar los fallos ante otra instancia, como los institutos de la prueba anticipada, la prueba de referencia y el recurso extraordinario de casación, representan limitación del principio de inmediación.

7. El principio de inmediación debe ceder ante otros derechos fundamentales o de más peso y, en consecuencia, la nulidad de la audiencia de juicio oral cuando las pruebas no fueron practicadas ante el funcionario encargado de emitir el sentido el fallo o éste, sólo opera como mecanismo excepcionalísimo cuando se advierta que esa circunstancia causó un daño grave” (Énfasis fuera del texto).

Más aún, resalta la Corte Suprema que tal interpretación encarna, en resumidas cuentas, una armonización con la jurisprudencia de su par Constitucional sobre el tópico que concita la atención de la Sala, y que en sentir del Tribunal de Casación constituye nada menos que una especie de *capitis diminutio* al principio de inmediación, al extremo de consolidarse, como tesis principal, que la nulidad del juicio por desconocimiento de los principios referidos solo es posible decretarla “*por vía excepcionalísima, si se demuestran graves afectaciones a derechos o principios de más hondo calado*”.

(...)

Y es que no puede olvidarse que los conceptos de inmediación y concentración, que el apelante mezcla en su escrito como si se tratases de lo mismo, están indisolublemente ligados, y difícilmente puede estudiarse la afectación de alguno de ellos, sin hacer referencia al otro. Muestra elocuente de lo anterior, es que en las ocasiones en las que la Corte Suprema, en aplicación de su anterior filosofía, ha casado el fallo impugnado para decretar la nulidad, se ha referido a eventos en los cuales, además de prolongarse injustificadamente el desarrollo del juicio, la audiencia ha sido presidida por jueces (personas) distintos, con el evidente desquiciamiento de la estructura probatoria que ello implica³¹.

Tal entendimiento de las cosas conlleva colegir que el análisis sobre una eventual vulneración del principio de concentración, con el que se busca salvaguardar la memoria del juez frente a las distorsiones del tiempo, cobra especial relevancia en la medida en que se haya afectado, también, el principio de inmediación, que propende porque el funcionario ante el cual las pruebas fueron directamente practicadas, sea el mismo que decide el fondo del litigio. Una afectación del primero, cuando no se advierte una lesión específica del segundo, amerita, en ese orden de ideas, un examen ciertamente más leve, sin perder de vista, se repite, el carácter excepcionalísimo del remedio anulatorio.

Carácter excepcional que la Corte Suprema de Justicia ratifica de la siguiente manera:

“(...) en sí mismo el principio de inmediación no representa un valor constitucional, legal o procesal obligado de respetar de manera absoluta, superior, y ni siquiera de la misma jerarquía, a otros inmanentes que deben privilegiarse.

Comparte la Corte Suprema de justicia, con su par Constitucional, que en razón a esa naturaleza intrínseca del principio de inmediación, su afectación o limitación no debe conducir a la nulidad, que apenas puede decretarse en

³¹ CSJ Penal, 7 Sep. 2011, e35192, J.L. Barceló y 26 Oct. 2011, e32143, J.L. Bustos.

circunstancias particularísimas y muy excepcionales de daño grave demostrado a otros distintos derechos de raigambre fundamental.

(...) Entonces, para ir precisando el punto con los tópicos que al día de hoy se observan decantados, si la repetición del juicio implica afectar de manera importante o grave los derechos de los menores –víctimas o testigos trascendentales- ; o de las mujeres víctimas de delitos sexuales (que obligadas a recordar el episodio vejatorio pueden ser objeto de doble victimización o sufrir daños sicológicos); o si corren peligro los testigos o víctimas, en atención a amenazas o temores fundados de retaliación; el juez debe ponderar los derechos en juego para proteger a estas personas y, en consecuencia, mientras no existan razones de mayor peso, diferentes a la de tutelar de forma irrestricta el principio de inmediación, está en la obligación de morigerarlo y evitar la invalidez del juicio.

Debe precisar la Corte que la decisión en ciernes no significa sacrificar absolutamente, o mejor, eliminar el núcleo central del principio de inmediación, en tanto, no puede desconocerse cómo al día de hoy **los adelantos tecnológicos, facultan remplazar con una fidelidad bastante aceptable la verificación in situ que realiza el juez dentro de la audiencia.**

Y, entonces, si los registros de lo sucedido en la práctica probatoria permiten esa auscultación directa del funcionario encargado de emitir el fallo, sin desnaturalizar el contenido esencial del medio, nada obsta para que el examen se adelante por quien remplazó al juez anterior.

(...) si se cumplió cabalmente con la posibilidad de contradicción y confrontación probatoria –con la obvia excepción de la prueba de referencia y su eficacia demostrativa limitada-, se tomaron registros fidedignos que permitan del fallador examinar la prueba de forma adecuada, y si además se entiende necesario proteger derechos fundamentales o se advierte que la sustitución del juez devino obligada, no es factible decretar la nulidad de la audiencia de juicio oral apenas buscando que se repitan las pruebas en presencia del funcionario que proferirá el fallo”(Énfasis fuera del texto)32.

6.1.7. A lo anotado ha de añadirse, con todo, que si bien entre ambos principios no existe una jerarquía normativa explícita, no reviste la misma afrenta contra la integridad del procedimiento adversarial el hecho de que el fallador de la cuestión sea una persona distinta a quien tuvo contacto inmediato con las pruebas, que la simple circunstancia- que es la que se ventila en el evento *sub judice*- de que el funcionario que ha conocido del asunto durante todo su trámite, aunque siga siendo exactamente el mismo, pueda ver afectada su memoria y percepción, por el paso del tiempo y la interrupción de la audiencia por razones que aduce ajenas a él.

Si en el primer caso, conforme lo ha expresado la Sala de Casación Penal, en el sistema colombiano, el principio de inmediación debe ceder frente a otros derechos de mayor envergadura, de tal suerte que la irregularidad presentada puede subsanarse con los registros de audio o video del juicio, con más razón debe procederse de la misma manera, si el funcionario nunca cambió, y se trata, simple y llanamente, de que revise lo que en su momento percibió en persona, y retome el relato procesal en el punto donde lo había dejado. De ahí que la Fiscalía haya olfateado un olor dilatorio en la petición de nulidad de la defensa.

32 El precedente al que se ha hecho referencia es: CSJ Penal, 12 Dic. 2012, e38512, G.E. Malo.

6.1.8. Este criterio no representa, en manera alguna, un retorno al principio de permanencia de la prueba, propio de Ley 600 de 2000. Se trata, más bien, de la necesidad de ponderar, en el escenario colombiano, la exigencia de concentración en cada caso concreto y frente a otros principios y derechos, de suyo, fundamentales, para constatar, ahí sí, la verdadera trascendencia de su eventual desconocimiento, y analizar racionalmente si vale la pena repetir la práctica probatoria, con los efectos siempre traumáticos que una medida de tal naturaleza lleva consigo. En últimas, la nuez del postulado acusatorio, que tiene a la oralidad como una de sus principales características, consiste, en palabras de Luigi Ferrajoli, en “*el diálogo directo entre las partes y con el juez para que este conozca de la causa no a base de escritos muertos, sino a base de la impresión recibida*”³³.

MAX ALEJANDRO FLÓREZ RODRÍGUEZ
Presidente

DORA ELSA USCÁTEGUI LARA
Relatora

³³ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid, 1995.