



RAMA JUDICIAL  
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ  
BOLETÍN 07 DE 29 DE ABRIL DE 2011

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

## 1.1 Sala Civil

### 1.1.1

**ACCIÓN POPULAR.** El hecho de que en la sentencia se imparten ordenes a distintas autoridades administrativas que tienen como función la protección de los derechos colectivos no altera la competencia definida por la calidad de personas naturales que tienen los demandados.

*“2. Para la época en que tuvo inicio la acción popular instaurada por la Procuraduría General de la Nación para la preservación de las zonas de reserva forestal, esto es, el año 1992 y, a pesar de contar para entonces con la norma del art. 88 de la Carta, no se disponía de reglamentación especial que desarrollara este canon en orden a asignar el conocimiento de los distintos asuntos sobre derechos colectivos a los respectivos jueces; de manera que la regla residual en punto de la jurisdicción, habría de ser la contenida en el art. 12 del C. de P.C.*

*Ya en vigencia de la ley 472 de 1998, regulatoria de las acciones populares de raigambre constitucional, ninguna variación se imponía en materia de jurisdicción, pues el asunto tampoco se inscribía en los supuestos previstos por el art. 15 de dicha normatividad con una demanda sin origen en actos, acciones u omisiones de alguna entidad pública, categórica como fue en señalar a los particulares ocupantes o propietarios de los predios objeto de reserva, como los accionados.*

*Cabe puntualizar en este sentido, que ninguna de las entidades destinatarias de las órdenes impartidas en primera instancia tienen la calidad de demandadas en el proceso que ocupa la Sala. Entiende en cambio la Corporación, que su mención como entes obligados a verificar determinada tarea en el cumplimiento de la sentencia, encuentra su fundamento en los incisos 4 y 5 del art. 34 de la ley 472 de 1998, sin que ello implique, como lo comprendieran los organismos estatales, que el hecho de aparecer citadas con algunas labores asignadas, fuere suficiente para variar, al momento del fallo la jurisdicción, a fin de que conociera la contencioso-administrativa; ahora bien recuérdese que la vinculación de entidades públicas a la acción, no genera el efecto de alterar la competencia, que originalmente fue fijada en atención a que los señalados como infractores de los derechos colectivos, fueron particulares, elemento subjetivo que determinó la competencia por virtud del principio de la *perpetuatio iurisdictio*, sin que exista motivo legal que justifica su variación, máxime cuando aquellos entes administrativos no hacen parte del debate como sujetos demandados, pero es imperiosa su presencia de cara a los derechos colectivos involucrados y la función que respecto de su salvaguarda les ha sido asignada legalmente.*

*Es claro entonces que la jurisdicción ordinaria civil era, la llamada a ventilar y decidir la controversia, y continua siéndolo sin reproche de desbordamiento funcional como se sugiriera por algunos de los recurrentes, con lo que queda así agotado el primero de los problemas jurídicos a que da lugar el asunto.*

*3. Ahora bien, para que la decisión a adoptar en esta sede acompañe con los postulados constitucionales imperantes en la materia, es preciso recordar que, no sólo a partir de la Constitución Política de 1991, vigente a la fecha de formulación de esta acción, sino ya de antaño, el interés general involucrado en la preservación de los recursos naturales, ocupa prioritaria posición dentro de los derechos atajables de vulneración tanto por las entidades públicas como por particulares. De manera entonces que el énfasis dado en la nueva Carta, destaca un perenne interés, ahora subrayado, en tanto impone a las autoridades y a los asociados, deberes de protección y preservación del medio ambiente, dando nacimiento al concepto de la llamada “Constitución Ecológica”, en tanto trasciende del llano terreno de las garantías individuales al de los derechos*

colectivos, entre los que se cuenta el goce a un ambiente sano y la conservación de los recursos naturales, a la luz de los cuales habrá de examinarse la vulneración endilgada por la actora, pues no admite duda que tiene plena observancia el art. 88 de la C.P. y las disposiciones de la ley 472 de 1998 aun cuando el conflicto fuere anterior a la regulación normativa de tal especie de derechos ya que, entrando a hacer parte del ordenamiento, determinan el alcance de las medidas conservativas a que haya lugar, máxime cuando el rituado ante la administración de justicia se ha prolongado caramente en el tiempo. Se suma a cuanto viene de exponerse, el principio de prevalencia sustancial sobre el procedimiento en las acciones populares, consagrado en los arts. 7 y 17 de la ley 472 de 1998.

4. *El tratamiento de la controversia no puede desconocer que ésta ha transitado un considerable camino procesal y con él, ha visto el surgimiento de normas de carácter sustancial como formal en materia de protección del ambiente, circunstancia que no obsta, como habrá de determinarse, para que la salvaguarda de los recursos naturales deba imponerse a las entidades competentes, con lo que, el argumento expuesto por el Ministerio de Medio Ambiente sobre la inexistencia de ese organismo para la época de iniciación de la acción, debe rechazarse ante el evidente liderazgo que al respecto le ha conferido la legislación y del que no debería sustraerse con enunciados como el expuesto, dada la vigencia de la ley 99 de 1993.*

5. *La acusada falta de vinculación en legal forma que predicen las personas naturales inconformes debe ceder ante el hecho irrefutable de que están materialmente legitimados en la acción, al ostentar, como ellos mismos lo reconocen al sustentar sus apelaciones, la calidad de propietarios de los predios señalados como reserva forestal y otros, poseedores o de algún modo ocupantes o tenedores de los predios destinados al fin referido, con lo que revisten la calidad de sujetos legalmente llamados a afrontar las pretensiones de la demanda y por tanto, destinatarios de las órdenes impartidas en las instancias.*

6. *En punto de los transgresores destinatarios del fallo que se imparte, habrán de tenerse como tales, quienes fueron vinculados en primera instancia tanto como aquellos que no intervinieron pero se encuentran a la fecha asentados en la zona de reserva, o lo fueren con posterioridad, sentido éste en que se atiende la determinación de responsables a que alude el art. 14 de la ley 472 de 1998<sup>1</sup> y que en todo caso habrán de ser cobijados por esta decisión, en la medida en que obliga la salvaguarda del derecho colectivo que aquí se ampara ya que “La sentencia tendrá efectos de cosa juzgada respecto de las partes y del público en general.”, de conformidad con el art. 35 ibídem. “*

#### **PREVALENCIA DEL INTERÉS ECOLÓGICO FRENTE AL INTERÉS PARTICULAR.**

“9. Es implacable la realidad ambiental que afrontan las recientes generaciones en torno a la preservación de los cada vez más valiosos recursos naturales, propósito que se traduce en el carácter también progresivo de las disposiciones con que se reprimen las conductas atentatorias del derecho colectivo a un medio ambiente sano, como que en él convergen los intereses de los individuos y del conglomerado, alcanzando una prevalencia que no puede verse eclipsada por el arraigo de intereses particulares que execrablemente quieran sobreponerse con el pretexto de proteger derechos reales que, si bien son oponibles erga omnes, se hallan constitucionalmente limitados por el cumplimiento de la función social que les es propia, sumada a la ecológica que le es inherente, so pena de resolverse a favor del Estado.”

Es piedra angular de la decisión que haya de adoptarse en este asunto, la norma contenida en el inciso 2º del art. 58 de la Constitución Política, a cuyo tenor “**la propiedad es una función social que cumple obligaciones y como tal le es inherente la función ecológica**”, en el entendido de que la propiedad privada sobre los recursos naturales renovables está sometida a todas las restricciones y limitaciones propias de dicha función, como lo puntualizó la Corte Constitucional en sentencia C-126 de 1998, armónica con los antecedentes legales sobre dicha función, que ya traía la ley 23 de 1973 y el decreto 2811 de 1974, Código de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente; disposiciones vigentes con antelación al impulso de la acción popular que ocupa nuestra atención.

Este celo por la salvaguarda de la biodiversidad, así como la necesidad de propender por un desarrollo sostenible, impregnán las normas ambientales que sirven de derrotero al presente asunto y que puntualmente tienen que ver con el interés que no sólo para la población de la zona, sino para la Nación, tienen los denominados “Cerros Orientales de Bogotá”, como que de ellos dimanan

<sup>1</sup> “**Artículo 14. Personas contra quienes se dirige la acción. La Acción Popular se dirigirá contra el particular, persona natural o jurídica, o la autoridad pública cuya actuación u omisión se considere que amenaza, viola o ha violado el derecho o interés colectivo. En caso de existir la vulneración o amenaza y se desconozcan los responsables, corresponderá al juez determinarlos.**”

importantes recursos hídricos, forestales y faunísticos, integrantes de un ecosistema indispensable para la calidad de vida de los habitantes de las zonas rurales y urbanas, en la medida en que se erigen en nicho generatriz de las aguas destinadas al consumo humano, sin dejar de lado la importancia edáfica y paisajística que reportan.

Baste con acudir al artículo 1 num. 4 de la ley 99 de 1993 para entender que “**Las zonas de páramos, subpáramos, los nacimientos de agua y las zonas de recarga de acuíferos serán objeto de protección especial**”, defensa predicable sin lugar a equívoco de las zonas de reserva forestal pertenecientes a los páramos de Verjón y Cruz Verde donde se hallan asentados los demandados en cada una de sus actividades de explotación agrícola, ganadera e incluso turística y que, ya desde el Decreto Ley 2811 de 1974 contaban con protección legal, estableciendo prohibición de alterar la calidad de las aguas (art. 132) y obligaciones para los usuarios (art. 133), todo ello atendiendo los principios rectores fijados en los arts. 1, 2, 8 y 9.

De ahí que la aludida protección especial tenga sentido además con lo que, de manera armónica consagra el numeral 5 de la ley 99 de 1993, según el cual “**En la utilización de los recursos hídricos, el consumo humano tendrá prioridad sobre cualquier otro uso**”, mandato aplicable igualmente a los hechos que se despachan, conocida como es la necesidad de que las aguas que brotan de las áreas de páramo mencionadas, están destinadas a los acueductos de los municipios de Bogotá, Choachí, Ubaque y Usme, de modo que su contaminación deliberada -que, no de otro modo puede calificarse el empleo de estas zonas para el establecimiento de cría de ganado porcino, de lidia y cultivo de papa-, se erige en criterio de este Tribunal, en un atentado de graves dimensiones y de alto impacto ambiental en detrimento de la biodiversidad y del bienestar del colectivo.

9.1. Con el advenimiento de la Constitución de 1991 y de normas como la ley 99 de 1993, se ratifica la vigencia que conservan los actos de la administración que, desde hace más de treinta años reconocieron la importancia de los cerros orientales de Bogotá, como lo hiciera la Resolución 076 de 1977 mediante la cual se aprobó el Acuerdo 030 de 1976 del extinto Inderena, decisiones plenamente oponibles a las autoridades públicas gravadas con cargas de protección de la zona, así como a los particulares propietarios, poseedores, arrendatarios y cualquier ocupante que desarrolle actividades sometidas a intensa intervención por parte del Estado por virtud de la declaratoria de reserva forestal y que conozcan o hayan debido conocer el contenido de tales decisiones de la administración.

9.2. Para la Sala es apremiante la protección efectiva y pronta de los recursos naturales en discusión, cuya devastación se advirtió desde hace décadas y se viene prolongando desde la fecha de radicación de la demanda, sin que se avizore eficiente el solo acogimiento de un Plan de Manejo Ambiental para la zona que implique continuar permitiendo las actividades de antaño desarrolladas por los ocupantes, cuando es implacable el interés general que ella comporta para la comunidad de Bogotá y demás municipios circunvecinos, pacientes como han sido estas comunidades en presenciar la explotación agrícola, ganadera y turística en un reservorio que, por su importancia y características sólo puede ser destinada a los propósitos que desde el Código Nacional de Recursos Naturales se asignaba a estas zonas, con lo que emergen de forzosa aplicación los arts. 204 a 207 del Decreto Ley 2811 de 1974.

Así, antes de determinar el concepto de área de reserva forestal, debe acudirse al de área forestal que no es otro que el de suelo forestal contentivo de bosques, de acuerdo con el art. 202 Decreto Ley 2811 de 1974 que, renglón seguido indica que “*Las áreas forestales podrán ser productoras, protectoras y protectoras –productoras*”.

En cuanto a las finalidades de dicha categoría de suelos y puntualmente de la función protectora dentro de la que fue catalogada la zona de bosques orientales de Bogotá, indica el art. 204 ibídem:

“*Se entiende por área forestal protectora la zona que debe ser conservada permanentemente con bosques naturales o artificiales, para proteger estos mismos recursos u otros naturales renovables.*

“*En el área forestal protectora debe prevalecer el efecto protector y sólo se permitirá la obtención de frutos secundarios del bosque*”.

Dicho esto, debe tenerse en cuenta que las áreas a que se viene haciendo referencia, alcanzan una categoría adicional en tanto se matriculan en el concepto de “reserva” por lo que, habiendo establecido la Resolución 76 de 1977 del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, la zona del Bosque Oriental de Bogotá como una zona de reserva forestal protectora, dicho apelativo impone acudir a las normas vigentes para la época de los hechos denunciados en esta acción por la Procuraduría General de la Nación, esto es, el Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente, Decreto Ley 2811 de 1974 que en su artículo 206 define:

*“Se denomina área de reserva forestal la zona de propiedad pública o privada reservada para destinarla exclusivamente al establecimiento o mantenimiento y utilización racional de áreas forestales productoras, protectoras o productoras – protectoras”.*

Al paso que el art. 207 ibídem, indica, en relación con la destinación de esta clase de zonas:

*“El área de reserva forestal sólo podrá destinarse al aprovechamiento racional permanente de los bosques que en ella existan o se establezcan y, en todo caso, deberá garantizarse la recuperación y supervivencia de los bosques”.*

En principio podría hablarse de una aparente contradicción entre área de reserva forestal y área forestal protectora, si se tiene en cuenta que en la primera se incluye el concepto de destinación exclusiva (art. 206) al aprovechamiento o uso racional de los bosques (art. 207) mientras que en el área forestal protectora se habla ya de la prevalencia (art. 204) del efecto protector, sugiriendo de este modo la posibilidad de concurrencia con otras actividades, sobre las cuales debe predominar la protección forestal. Sin embargo, para la Sala, es determinante la calificación del área como aquellas de reserva, con lo que se le impone un carácter especial que circunscribe el uso del suelo a un delineado propósito de preservación ambiental, razón por la cual el art. 208 del D.L. 2811 de 1974 exige que, para el levantamiento de edificaciones y para el ejercicio de actividades económicas dentro del área de reserva, se deba obtener por el interesado, licencia previa.

Estas precisiones resultan necesarias dentro del contexto de los hechos denunciados para la época de la demanda, frente al contenido de las normas ambientales vigentes para entonces pues aunque, en la actualidad se cuenta con una normatividad que diferencia entre los usos del suelo en las modalidades principal, condicionados y prohibidos en las áreas de reserva, para el año 1992 y los cuatro años anteriores que es el rango temporal de la vulneración acusada por la entidad accionante, no se contaba con instrumento normativo de tal minucia, por lo que la decisión a tomar en este asunto requiere que se determine si las construcciones levantadas por los accionados en el reservorio, así como sus conocidas actividades de cultivo, cría de ganado porcino y de lidia y el turismo en la zona, guardan correspondencia con la finalidad que se trazó el Estado al etiquetarla como reserva forestal protectora.

Tal búsqueda concluye con el hallazgo de que, en efecto, riñe con el propósito de una zona de reserva forestal, la aceptación de actividades agropecuarias, pues a más del hecho incontrovertible de que la norma rectora en materia de destinación de recursos naturales es el citado Decreto 2811 de 1974, debe tenerse en cuenta que la afortunada Resolución 76 de 1977 fue enfática en calificar el área de los cerros orientales de Bogotá, como una reserva de tal clase, categoría específica y excluyente de toda otra actividad que pueda admitirse, a no ser que se exhiba licencia legalmente otorgada la cual, a su vez “sólo se otorgará cuando se haya comprobado que la ejecución de las obras y el ejercicio de las actividades no atente contra la conservación de los recursos naturales renovables del área”(art. 208 D. L. 2811 de 1974) disposición de cuya inteligencia brota el linaje excepcional de la licencia comentada, aspecto al que deben atender las autoridades encargadas de expedirla para que no decaiga en un instrumento de mero auspicio de la situación de hecho devastadora del ambiente.

En este orden de ideas, la eventual ostentación de licencia por parte de los accionados para la cría de ganado de cualquier tipo, para el cultivo de especies vegetales distintas de las que son propias del bosque de páramo y para la actividad ecoturística, -si es que las hubieren obtenido-, no se erige en una condición que exonere a los involucrados del juicio de violación de los derechos colectivos al medio ambiente pues, ya para entonces las normas ambientales imponían la obligación de asumir, a costa del beneficiario de la licencia, las medidas de protección adecuadas.

Con todo, aunque no resulte idónea la acción popular propiciada en este asunto, para remontarse sobre la idoneidad de licencias otorgadas para autorizar actividades agropecuarias, turísticas o urbanísticas en la zona de reserva, dada la presunción de legalidad de que gozan los actos administrativos y que en este específico asunto implicaban que, para su conferimiento se comprobara que la ejecución de las obras y el ejercicio de las actividades no atentaba contra los recursos naturales renovables, es evidente que aún con la detención de las referidas licencias, ya en el plano fáctico, si se verifica el deterioro medioambiental, ningún permiso administrativo puede auspiciar la vulneración de derechos de impacto general, caso en el cual, la fuerza de los hechos devastadores se impone sobre el permiso documentado que en tal caso, declina como pieza de la que pueda asirse el ciudadano para justificar el efecto dañoso de su actuar.

9.3. Persistir en el arrasamiento de las capas vegetales, vitales en la preservación de las distintas especies de fauna y flora, de que han sido autores los demandados, equivaldría a desconocer abiertamente los principios básicos en que se funda el pesado cúmulo de normas constitucionales que sostienen una parte importante del Estado Social de Derecho. En este sentido, merece atención el siguiente pronunciamiento de la Corte Constitucional:

*“Por todo lo anterior, considera la Corte que hoy no tienen ningún respaldo constitucional ciertos procesos y conceptos que anteriormente pudieron ser considerados legítimos, cuando los valores ecológicos no habían adquirido el reconocimiento nacional e internacional que se les ha conferido en la actualidad. Y eso sucede en particular con el concepto de que la colonización puede ser predatoria, puesto que, por las razones empíricas y normativas señaladas anteriormente, estos procesos son inaceptables ya que se efectúan en contradicción con los principios ecológicos establecidos por la Constitución. Hoy en Colombia no es legítima una colonización incompatible con la preservación del medio ambiente y el desarrollo sostenible.”*<sup>2</sup>

*Si tal protección efectiva implica entonces, que quienes han explotado indiscriminada y prolongadamente las zonas ecológicamente reservadas para la conservación de bosques, deban ser compelidos a la suspensión definitiva de sus actividades agropecuarias no ya, bajo persuasión de su conciencia ambiental, ora bajo orden judicial que haga prevalecer el interés general involucrado en las normas distritales y nacionales que han delimitado la reserva, así habrá de procederse por esta vía, pues ni el transcurso del tiempo, ni la ostentación de licencias urbanísticas o ambientales que contraríen el claro propósito ecológico descrito, legitiman la desertificación<sup>3</sup> del patrimonio natural no sólo de la ciudad de Bogotá sino de la Nación colombiana, interés que no puede verse relajadamente burlado mientras se cuenta con las herramientas legales para la eficacia de los mandatos de orden superior y la observancia de las normas supraconstitucionales.*

*Son reprobables las actividades antrópicas contaminantes desplegadas en la zona, sin que para llegar a esta conclusión deba repararse en argumento como el acudido por el accionado Sabogal invocando el principio “non bis in idem” a cuyo abrigo espera no ser condenado en esta acción por haber recibido ya en el pasado, sanciones administrativas, a lo que baste precisar, tales actos administrativos no tienen el alcance ni los efectos necesarios para identificarse con el juzgamiento de dichas conductas, como para que pueda aducirse cosa juzgada impeditiva de la represión aplicable por esta vía; como quiera que una y otra acción tienen objeto diverso aunque la causa coincida.*

*Se enrostra así, la explotación de cultivos de papa, atribuidos entre otros, a Víctor Julio Sabogal Mora, desplazando del suelo especies nativas como frailejones, necesarias para el equilibrio ecológico de los nacimientos de agua, así como la inaceptable práctica de destinar el terreno a la cría de cerdos, generadora de residuos vertidos directamente a las fuentes acuíferas precursoras de los ríos que alimentan las represas de la ciudad, todo con una sorprendente irreflexión demarcada en el hecho de devastar el área empleando incluso maquinaria pesada para escarpar el suelo del páramo, además de la modificación de un camino real cercano.*

*Otro tanto se debe decir de la cría de ganado de lidia, incompatible con el fin restringido de reserva forestal, sólo para originar un provecho económico a favor de unos cuantos, con un fuerte impacto ambiental de difícil y dolorosa restauración.*

*9.4. Para esta instancia es claro que las actividades desplegadas en los páramos de Verjón y Cruz Verde y con ellos el morro de Matarredonda, contradicen la finalidad de la reserva forestal protectora en cuanto excedieron el alcance de las licencias conferidas, por lo que habrá de disponerse la suspensión definitiva de dichas actividades a partir de la fecha, tanto por parte del demandado Víctor Sabogal, como por los demás demandados involucrados quienes habitaran el área para la fecha de la demanda como quienes se encuentren en la actualidad asentados en dicho territorio, bajo el entendido de que en adelante debe ostentar dicha área la calidad de una zona de conservación circunscrita de manera estricta a la protección forestal, dentro de la cual debe estar prohibida cualquier actividad agropecuaria y de vertimiento a la microcuenca del río Palmar esto es, aún sin la posibilidad de obtención de licencia.*

*9.5. De igual manera, se constituirá el área objeto de la acción en zona de rehabilitación ecológica, a fin de que los accionados acrediten la plantación de especies nativas vegetales, de manera que se garantice la recuperación y supervivencia de los bosques en la forma prevista por los arts. 204 y 207 del Decreto 2811 de 1974 y para propósitos específicos de reforestación en los términos del art. 230 literal c) ibídem.*

*9.6. Además, será zona de recuperación ambiental a fin de que las construcciones existentes en la actualidad sean objeto de normalización de acuerdo con los parámetros técnicos que determine la CAR y el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, en tanto que queda prohibido en adelante el levantamiento de edificaciones rurales, dotacionales o de cualquier tipo en el área de reserva forestal, con la obligación para los propietarios, poseedores o tenedores de las viviendas que se normalicen, de contribuir con las respectivas compensaciones dinerarias que establezca el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial.»*

<sup>2</sup> Sentencia C-058 de 1994. MP Alejandro Martínez Caballero. Fundamento Jurídico No 4.3. citada en la Sentencia C-128 de 1996 MP. Alejandro Martínez Caballero.

<sup>3</sup> “degradación de las tierras y de la vegetación, la erosión de los suelos y la pérdida de la capa superficial del suelo, causada principalmente por las actividades humanas y por las variaciones del clima (...)” Convención de las Naciones Unidas contra la desertificación.

**LA PROTECCIÓN DE LAS RESERVAS FORESTALES PROPORCIONADA A TRAVÉS DE SENTENCIA JUDICIAL NO CONLLEVA LA CONCOMITANTE ORDEN DE EXPROPIACIÓN DE LOS PREDIOS DE PROPIEDAD PRIVADA UBICADOS DENTRO DE LA ZONA DE RESERVA.**

“10. De otro lado, aunque es evidente la necesidad de medidas eficaces de protección ambiental y, pese al amplio radio de acción del juez en ese sentido dentro de las acciones populares, lo cierto es que en este caso no hay lugar a emitir orden de expropiación o adquisición de terrenos, pues para la declaratoria de un efecto de esta estirpe de suyo le ha sido conferida a las autoridades públicas la potestad de determinar los motivos de utilidad pública que deriven en la necesidad de adquirir las tierras de propiedad privada para el logro de los fines generales del Estado y el bien común, sin que para ello requieran mayor autorización que la atribuida por la Constitución y la ley, sea que tal utilidad se determine de manera directa o con linaje sancionatorio por la violación de las obligaciones ecológicas en que incurran los gobernados, premisa con arreglo a la cual la Sala encuentra procedente la revocatoria de la sentencia impugnada en lo que atañe a la orden de expropiación impartida a las autoridades públicas involucradas.

Corolario de cuanto se ha dejado expuesto, deviene la prosperidad de los recursos puntualmente planteados por el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial y por la CAR respecto de la decisión relacionada con la orden de expropiación de los predios a favor de la Nación.”

|                         |   |
|-------------------------|---|
| <b>FUENTE NORMATIVA</b> | : CONSTITUCIÓN POLÍTICA, ARTÍCULO 58            |
|                         | : CONSTITUCIÓN POLÍTICA, ARTÍCULO 88            |
|                         | : LEY 472 DE 1998, ARTÍCULO 14                  |
|                         | : LEY 472 DE 1998, ARTÍCULO 35                  |
|                         | : DECRETO LEY 2811 DE 1974, ARTÍCULOS 204 A 208 |
|                         | : ARTÍCULO 12 DEL C.P.C.                        |
|                         | : RESOLUCIÓN 76 DE 1977                         |
| <b>FECHA</b>            | : 2010-12-06                                    |
| <b>PROCESO</b>          | : ACCIÓN POPULAR MEDIO AMBIENTE.                |
| <b>PONENTE</b>          | : Dra. RUTH ELENA GALVIS VERGARA                |
| <b>DEMANDANTE</b>       | : PROCURADURIA GENERAL DE LA NACIÓN             |
| <b>DEMANDADO</b>        | : VICTOR JULIO SABOGAL MORA Y OTROS             |
| <b>RADICACIÓN</b>       | : 11001310303019920425401                       |

### 1.1.2

**RESPONSABILIDAD SUBSIDIARIA DE LA MATRIZ O CONTROLANTE.** Surge solamente cuando el acreedor ha agotado la posibilidad de obtener el pago de sus acreencias de la subordinada dentro del trámite concordatario por incumplimiento de lo pactado o la liquidación obligatoria por insuficiencia de activos de la concursada y se cumplen las exigencias señaladas en los artículos 26, 27 y 148 de la ley 222 de 1995.

«2. Asumido el examen del sub lite, debe decirse que un primer problema jurídico que se estructura, consiste en establecer si confluyen los presupuestos necesarios para el ejercicio de la acción de responsabilidad subsidiaria que se reclama en el libelo genitor.

3. Se exige considerar entonces, con relación a la responsabilidad subsidiaria entre sociedades tres aspectos: a) el concepto de subordinación en las sociedades anónimas y escenarios en que se presume; b) la responsabilidad subsidiaria en la matriz o controlante por el hecho concursal de la sociedad subordinada, y c) su régimen de prueba.

4. El art. 26 de la ley 222/95, en torno a la subordinación o control, define que: “Una sociedad será subordinada o controlada cuando su poder de decisión se encuentre sometido a la voluntad de otra u otras personas que serán su matriz o controlante, bien sea directamente, caso en el cual aquélla se denominará filial o con el concurso o por intermedio de las subordinadas de la matriz, en cuyo caso se llamará subsidiaria.”

Así mismo, el siguiente art. 27, establece una serie de presunciones que desembocan en el concepto de subordinación:

“Será subordinada una sociedad cuando se encuentre en uno o más de los siguientes casos:

1. Cuando más del cincuenta por ciento (50%) del capital pertenezca a la matriz, directamente o por intermedio o con el concurso de sus subordinadas, o de las subordinadas de éstas. Para tal efecto, no se computarán las, acciones con dividendo preferencial y sin derecho a voto.

2. Cuando la matriz y las subordinadas tengan conjunta o separadamente el derecho de emitir los votos constitutivos de la mayoría mínima decisoria en la junta de socios o en la asamblea, o tengan el número de votos necesario para elegir la mayoría de miembros de la junta directiva, si la hubiere.

3. Cuando la matriz, directamente o por intermedio o con el concurso de las subordinadas, en razón de un acto o negocio con la sociedad controlada o con sus socios, ejerza influencia dominante en las decisiones de los órganos de administración de la sociedad.

**PARAGRAFO 1o.** Igualmente habrá subordinación, para todos los efectos legales, cuando el control conforme a los supuestos previstos en el presente artículo, sea ejercido por una o varias personas naturales o jurídicas de naturaleza no societaria, bien sea directamente o por intermedio o con el concurso de entidades en las cuales éstas posean más del cincuenta por ciento (50%) del capital o configure la mayoría mínima para la toma de decisiones o ejerzan influencia dominante en la dirección o toma de decisiones de la entidad.

**PARAGRAFO 2o.** Así mismo, una sociedad se considera subordinada cuando el control sea ejercido por otra sociedad, por intermedio o con el concurso de alguna o algunas de las entidades mencionadas en el parágrafo anterior. “

4.1. En el sub iudice, esa situación de control fue determinada por el Consejo de Estado en sentencia de 8 de mayo de 2003<sup>4</sup>, al declarar la nulidad de las resoluciones 125-119 de 2001 y 125-709 de 2001 proferidas por la Superintendencia de Sociedades, y le ordenó a esta “... declarar a NAVCO S.A. DAEWOO ANDINO EN LIQUIDACIÓN OBLIGATORIA como subordinada de la sucursal colombiana de la sociedad extranjera DAEWOO CORPORATION; tener como filial de esta última a la primera de las citadas; e inscribir en el registro mercantil la situación de control”; decisión acatada por la Superintendencia cuando expidió la resolución No. 125, (folios 39 a 78 del cuaderno 4)

5. Por su parte, el parágrafo del art. 148 de la ley 222/95 estipula:

*“Cuando la situación de concordato o de liquidación obligatoria haya sido producida por causa o con ocasión de las actuaciones que haya realizado la sociedad matriz o controlante en virtud de la subordinación y en interés de ésta o de cualquiera de sus subordinadas y en contra del beneficio de la sociedad en concordato, la matriz o controlante responderá en forma subsidiaria por las obligaciones de aquélla. Se presumirá que la sociedad se encuentra en esa situación concursal, por las actuaciones derivadas del control, a menos que la matriz o controlante o sus vinculadas, según el caso, demuestren que ésta fue ocasionada por una causa diferente”.*

Responsabilidad subsidiaria en la matriz, controlante o vinculada, que surge como efecto jurídico de una concurrencia de circunstancias:

1. Se trata de una situación de concordato o liquidación obligatoria de la sociedad, es decir, de una circunstancia en la cual, ante la pérdida del equilibrio patrimonial de ella, debe buscarse, por mandato de la ley, un acuerdo con los acreedores para el pago de sus obligaciones, o la terminación forzosa de su objeto bajo la vigilancia estatal con el mismo propósito.

2. La causa de las dificultades que se pretende conjurar mediante el concordato está constituida por actuaciones realizadas por la sociedad matriz o controlante.

3. Tales actuaciones se producen, por definición legal, en virtud de la subordinación y en interés de la matriz o de cualquiera de sus subordinadas.

4. Las mismas actuaciones tienen lugar en contra del beneficio de la sociedad en concordato y, por lo tanto, aunque no lo expresa la norma, se deduce, como lógica consecuencia, que inciden en la prenda común de los acreedores y, por tanto, afectan los intereses de éstos.

Ahora bien, el efecto jurídico que la disposición atribuye a la situación descrita es la responsabilidad subsidiaria de la matriz o controlante por las obligaciones de la compañía sometida a concordato, que es su subordinada<sup>5</sup>.

Sintetizándose los caracteres de esa responsabilidad subsidiaria bajo ciertos entendidos:

*“(...) no se trata de una responsabilidad principal sino subsidiaria, esto es, la sociedad matriz no está obligada al pago de las acreencias sino bajo el supuesto de que él no pueda ser asumido por la subordinada, lo que, unido a la hipótesis legal de que las actuaciones provenientes de aquélla tienen lugar en virtud de la subordinación y en interés de la matriz o de otras subordinadas, apenas busca restablecer el equilibrio entre deudor y acreedores, impidiendo que éstos resulten defraudados”<sup>6</sup>. (Negrilla fuera de texto)*

Como lo destaca la trascrita jurisprudencia, el carácter de responsabilidad subsidiaria se abre paso con la imposibilidad de pago en las obligaciones, por parte de la sociedad subordinada directamente deudora, pues como lo señala la doctrina:

*“Debe insistirse, en forma categórica, en el carácter tan solo subsidiario de la responsabilidad que se comenta. Dicha subsidiariedad es esencial para determinar las hipótesis en que puede demandarse de la matriz el pago de los pasivos externos insoluto de la sociedad filial o controlada. (...) Parece evidente que la recta interpretación de la norma en comento (se refiere al art. 148 de la ley 222/95) debe conducir a que dicha*

<sup>4</sup> Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 1<sup>a</sup>. Consejera Ponente: Olga Inés Navarrete Barrero

<sup>5</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-510/97.

<sup>6</sup> Corte Constitucional. Ibídem.

*responsabilidad subsidiaria no puede hacerse exigible a la entidad matriz mientras esté en trámite el procedimiento concordatario. En efecto, el parágrafo del artículo 148 no debe interpretarse en el sentido de que el acreedor puede hacerse parte en el concordato o acudir en subsidio contra la sociedad matriz para satisfacer sus obligaciones. Significa, nada más, que en las hipótesis de fracaso del concordato o de incumplimiento de los términos de éste, la falta de pago por parte de la subordinada –que es el deudor principalmente obligado–, dará al acreedor una acción para exigir subsidiariamente a la matriz el respectivo pago. Así mismo en el proceso de liquidación obligatoria habrá que esperar a que se haya hecho patente la insuficiencia de activos de la concursada y la imposibilidad de cumplir con el pago de la respectiva obligación, antes de poder acudir, en subsidio, contra la matriz o controlante”<sup>7</sup>*

*Y tal cosa en el proceso liquidatorio tiene lugar cuando se profiere la decisión que se resuelva sobre el finiquito de cuentas y disponga su terminación en donde se manifieste la carencia de activos para atender la totalidad del pasivo externo.*

6. Lo anterior no constituye otra cosa que la probanza de un “interés de parte” exigente al acreedor que busca la honra de su crédito insoluto mediante la acción de responsabilidad subsidiaria, a modo de una “condición de la acción” necesaria para la prosperidad de las pretensiones, pues clara es la Corte en definir este concepto, cuando hace una diferenciación entre lo que se entiende por “presupuestos procesales” frente a lo que son las “condiciones de acción”:

*“(...) 2. No deben confundirse los presupuestos procesales con los elementos definidores o constitutivos de la acción ni con las condiciones de la misma acción. Los primeros se refieren a la formación del proceso o de la relación procesal, mientras que los segundos conciernen y se encaminan a configurar e identificar la acción que se ejerce y a determinar los requisitos de su prosperidad. Toda acción se constituye e identifica por tres elementos, consistentes en los sujetos, activo y pasivo, de la relación jurídica sustancial que se discute, en el título o causa petendi y en el petitum u objeto de la acción. El ejercicio de una acción cualquiera exige el señalamiento de estos tres factores para configurarla y definirla. En el petitum se debe determinar el objeto o pretensión que se persigue, o sea el bien o derecho cuya tutela se busca. La causa petendi consiste en los hechos que dan origen y sirven de título a la pretensión invocada o al petitum. Estos tres elementos concurren a estructurar y a individualizar una acción y a distinguirla de cualquiera otra. Por ello se los denomina elementos constitutivos o definidores de la acción.*

*Además de estos elementos, sucede que toda acción requiere llenar ciertas condiciones que son necesarias, ya no para su conformación procesal, sino para asegurar su prosperidad, esto es, para que el demandante que la promueve pueda obtener un pronunciamiento favorable a sus pretensiones. Estos requisitos de mérito son llamados condiciones de la acción, porque la respaldan y determinan su acogida y su éxito. Estas condiciones consisten en la tutela de la acción por una norma sustancial, en la legitimación en causa y en el interés para obrar. Se cumple la primera de estas condiciones cuando el hecho o hechos que le sirven de fundamento a la acción (causa petendi) y la pretensión que constituye su objeto (petitum), coinciden con el hecho o hechos previstos por la ley sustancial y con el efecto jurídico que ésta atribuye a los mismos hechos. Apareciendo esta concordancia, resulta la acción tutelada por la ley y satisfecha una de las condiciones de su prosperidad. La legitimación en causa es en el Demandante la cualidad de titular del derecho subjetivo que invoca y en el demandado la calidad de obligado a ejecutar la prestación correlativa. Y el interés para obrar o interés procesal, no es el interés que se deriva del derecho invocado (interés sustancial), sino el interés que surge de la necesidad de obtener el cumplimiento de la prestación correlativa, o de disipar la incertidumbre sobre la existencia de ese derecho, o de sustituir una situación jurídica por otra”<sup>8</sup>. Subrayado fuera del texto.*

Interés para obrar que como lo enseña el Profesor Hernando Devís Echandía<sup>9</sup>, si bien, no puede confundirse con la “legitimación en causa” (legitimatio ad causam), es interés sustancial para la sentencia de fondo, consistente en el “interés jurídico sustancial particular o concreto que induce, al demandante, a reclamar la intervención” de la justicia para que se defina sobre las pretensiones que se plantean. Interés que entre otros ingredientes, debe ser “actual y serio”, ya que “si no existe en el momento en que se constituye la litis contestatio, no se justifica que el órgano jurisdiccional se pronuncie sobre la existencia de la relación jurídica sustancial o del derecho subjetivo pretendido”.

7. Bajo estas premisas, a partir del material probatorio obrante en el plenario, se logra establecer que ese interés “actual y serio” que permite al acreedor impulsar la acción de responsabilidad subsidiaria, nace para la demandante cuando se establece la insuficiencia de activos de su deudora, Navco S.A. Daewoo Andino, necesarios para el pago de la obligación a favor de Superbus Ltda.; no siendo otro ese estadio para el caso concreto, que el auto que aprueba la rendición final de cuentas y declara la terminación del proceso concursal de la subordinada (demandada), esto es el emitido por la Superintendencia de Sociedades el 28 de diciembre de 2005, en el que se consignó: “De los antecedentes expuestos, advierte el Despacho que la concursada no posee activos sino DERECHO LITIGIOSOS ...” y determinó la terminación del proceso concursal liquidatorio (folios 518-523). Sin que por demás esté resaltar que el crédito cuya solución reclama Superbus, fue presentado en el trámite liquidatorio fuera de término (folio 455 cuaderno 1).

<sup>7</sup> Reyes Villamizar Francisco. “Derecho societario”, tomo I. Editorial TEMIS. 2004. Pág.556.

<sup>8</sup> Corte Suprema de Justicia, Cas. Civil, sent. feb. 21/66. M.P. Enrique López de la Pava

<sup>9</sup> Compendio de Derecho Procesal, Teoría General del Proceso. Tomo I. Editorial ABC. Bogotá, 1985. Págs. 253 a 257.

*Se establece de esta manera, que la demandante carecía del interés para obrar que se exigía para provocar la acción intentada, como quiera que el libelo demandatorio fue presentado ante la jurisdicción el 24 de noviembre de 1998 (folio 37), cuando el estado de iliquidez e insolvencia de la subordinada Navco S.A. Daewoo Andino sólo vino a verificarce el 28 de diciembre de 2005. Quiere decirse entonces, que no pueden tener acogida las pretensiones de la demandante, cuando si se quiere decir, por “prematura la acción”, no se podían estructurar aún, los elementos axiales de la responsabilidad subsidiaria invocada.*

*8. Finalmente, con relación a las pretensiones de responsabilidad subsidiaria de Álvaro Mora y Fernando Ávila, no se forja en este litigio su prosperidad, ya que respecto de ellos en sus calidades de socios, se exige un régimen de culpa probada carga que correspondía asumir al demandante; contrario a lo que se impone para la responsabilidad subsidiaria, la cual goza de una presunción jure tantum de culpa en la sociedad matriz, que debe ser desvirtuada por esa demandada. Un sistema de culpa probada rige para las siguientes acciones patrimoniales contra los socios:*

“(...) La posibilidad de llamar a responder a los asociados cuando su conducta infiera daño a los trabajadores o pensionados, en atención al incumplimiento del deber constitucional y legal de no hacer daño a otro (neminen laedere). (artículo 2341 del Código Civil).

- La interposición de las acciones contra los asociados por el abuso en ejercicio del derecho de limitación patrimonial. (artículo 830 del Código de Comercio).

- La interposición de acciones de simulación, paulina o revocatoria, en aras de reintegrar el patrimonio de la sociedad, cuando sean insuficientes los bienes para garantizar el pago de las obligaciones labores asumidas (artículos 1766 y 2491 del Código Civil, y los artículos 183 y 184 de la Ley 222 de 1995).

- La acción de nulidad de los contratos celebrados por la sociedad, cuando los mismos incurran en causa u objeto ilícito (artículos 1740 y subsiguientes del Código Civil y 899 y subsiguientes del Código de Comercio).

- La responsabilidad solidaria e ilimitada de los administradores por los perjuicios que dolosa o culposamente ocasiones a la sociedad, a los socios o a terceros (artículo 200 del Código de Comercio).

- La responsabilidad de los administradores por insuficiencia de los bienes para solucionar el pasivo externo, en casos de liquidación obligatoria de sociedades (artículo 206 de la Ley 222 de 1995).

- Las acciones de los liquidadores para integrar el capital social en casos de liquidación obligatoria (artículo 191 de la Ley 222 de 1995).

- La responsabilidad por los perjuicios que se generen a los terceros por parte de los administradores y revisores fiscales, cuando omiten preparar y/o difundir los estados financieros (artículo 42 de la Ley 222 de 1995). (...)”<sup>10</sup>

*De tal modo, que reclamar responsabilidad subsidiaria frente a los socios como lo persigue la accionante, significa desligar todo factor subjetivo de dolo que imponen todas las acciones patrimoniales que contra ellos se pueden dirigir, como antes se anota; por ende, el interés para obrar en quien impulsa esta demanda sucumbe, cuando persigue una responsabilidad subsidiaria respecto de personas a quienes no se les puede enrostrar tal calidad de obligación.»*

**ACCIÓN CAUSAL o RESOLUCIÓN DEL PAGO HECHO CON TÍTULO VALOR.** *Tiene como presupuesto de la acción, estructurante del interés para actuar, que aceptado el título valor no haya sido descargado por causa no atribuible al acreedor y que los efectos cambiarios se hayan contrarrestado mediante la devolución de los títulos o en su defecto la prestación de caución para garantizar los probables riesgos de que terceros ejerzan la acción cambiaria con base en el título no devuelto.*

«9. En lo que atañe a las pretensiones frente a la liquidada Navco S.A. Daewoo Andino, respecto de quien invoca Superbus la existencia de un contrato incumplido por aquella deben hacerse las siguientes precisiones:

*Cuando a la emisión de títulos-valores ha precedido una relación jurídica crediticia entre unas mismas partes, se colige un pago de la obligación originaria, que no es simple y puro, sino condicionado bajo la modalidad resolutoria ante la falta de honra del derecho incorporado al respectivo cartular, así lo expresa el art. 882 del Código de Comercio: “La entrega de letras, cheques, pagarés y demás títulos- valores de contenido crediticio, por una obligación anterior, valdrá como pago de ésta si no se estipula otra cosa; pero llevará implícita la condición resolutoria de pago, en caso de que el instrumento sea rechazado o no sea descargado de cualquier manera”.*

---

<sup>10</sup> C-865/04.

Occurrida la condición resolutoria del pago, el acreedor cuenta con las siguientes acciones para el recaudo de su crédito: a) cambiaria, derivada del correspondiente título – valor, b) causal que consulta la obligación originaria y, c) enriquecimiento cambiario o *in rem verso*, prerrogativas en su orden, reconocidas por los incisos segundo y tercero del precitado art. 882.

De tales prerrogativas, la acción causal destaca como presupuestos para su prosperidad sustancial: (i) el que exista una obligación originaria, ante la cual se expiden títulos-valores de carácter crediticio forjando un pago de la obligación sujeto a condición resolutoria por la falta de satisfacción del instrumento, (ii) la verificación de que la condición resolutoria se cumplió porque el “instrumento fue rechazado” o “no fue descargado de cualquier manera”, (iii) la devolución del instrumento del acreedor hacia el deudor, o la prestación de senda caución a satisfacción del Juez a fin de indemnizar al deudor de aquellos perjuicios que pueda originar el no reintegro del cartular y, (iv) que el acreedor no haya dejado caducar o prescribir la acción cambiaria.

9.1. Descendiendo al caso en concreto, la Sala observa que es evidente a partir de la redacción y alcance del *petitum*, que la pretensora al acudir a una declaración judicial respecto de la relación jurídica primigenia<sup>11</sup> y de ello derivar su pago, lo que echa mano, es de la acción causal, teniendo en cuenta, que de por medio en la negociación para la elaboración de carrocerías, se expidieron las facturas cambiarias de compraventa 0012675/76 que en fotocopias autenticadas aparecen a folios 12 y 13 del cuaderno 1; de este modo, menester es entonces, sopesar la procedibilidad de la acción causal previo a definir sobre la responsabilidad subsidiaria que se intenta.

Bajo este orden de ideas, delanteriormente debe decirse que la conclusión a la que llega el juzgado de primera instancia al hallar éxito en la defensa resulta acertada por las siguientes razones:

a) Como *ut supra* se dijo, la verificación de que la condición resolutoria se cumplió porque el “instrumento fue rechazado” o “no fue descargado de cualquier manera” como requisito para la prosperidad de la acción causal, a plenario no está demostrada, si en cuenta se tiene una tesis subjetiva, en el entendido que el sujeto activo del crédito y tenedor del título –valor surgido con ocasión del negocio originario, ha debido promover su conversión al género representado (dinero) o al menos, descargar la obligación por su negociación vía endoso, auscultando la jurisdicción en este momento, un actuar diligente del acreedor para lograr la honra de la obligación con tal título valor ya sea extra-judicial o judicialmente:

“Lo razonable es suponer que cuando recibe títulos valores de contenido crediticio de manos de su deudor, el acreedor no hace nada distinto a aceptar que la prestación originaria que tiene derecho a exigir, consistente en el abono directo del dinero, se la sustituya por el abono indirecto a través del cobro o la posterior negociación del los títulos en cuestión, configurándose entonces una *cesio pro solvendo* que deja en pie la relación subyacente para operar en el futuro, si fuera ello indispensable (...) El acreedor asume la obligación de hacer lo conducente para obtener la realización corriente del título por él recibido, de procurar de buena fe su “buen fin” (...) obligándose por lo tanto aquel acreedor a agotar de preferencia esta vía en busca de la normal satisfacción de su derecho, de suerte que cualquier proceso fundado en la relación originaria, contractual por ejemplo, no podrá iniciarse sino en tanto el instrumento haya sido rechazado sin que medie culpa del acreedor (...)”<sup>12</sup>

Con el caudal probatorio aportado no se logra acreditar que la acción cambiaria derivada de las facturas cambiarias de compraventa Nos. 0012675 y 0012676, hubiere sido ejercitada por parte de Superbus Ltda.; por el contrario, fue evidente su falta de diligencia para que su acreencia fuera solucionada, como quiera que se desgastó innecesariamente en un interrogatorio de parte como prueba anticipada ante el Juzgado 35 Civil Municipal, cuando tenía en sus manos un título de recaudo.

De otro lado, concurrió extemporáneamente al trámite liquidatorio de Navco S.A. Daewoo Andina (En Liquidación), lo que determinó declaratoria en tal sentido por parte de la Superintendencia de Sociedades en auto de calificación y graduación de créditos No. 440 de abril 27 de 1998 (folio 455 cuaderno 1).

Tampoco se palpa probatoriamente un actuar extra judicial desplegado por la interesada para obtener el pago insoluto derivado de las pluricitadas facturas cambiarias, pues si bien, fue materia de la pregunta No. 4 del interrogatorio anticipado reclamado del representante legal de la sociedad en liquidación, Navco Daewoo Andino (folio 28), por otra parte, no se arrimó el acta que debe extenderse en estos eventos con cara a la posible confesión ficta, conforme al art. 210 del C. de P. C.

<sup>11</sup> Ver las pretensiones 1, 2 y 3 de la reforma de la demanda – folio 317 A, cuaderno 1-

<sup>12</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de julio 30 de 1992. M. P. Carlos Esteban Jaramillo Schloss,

Conclusión de orfandad en este presupuesto de la acción, que tampoco se desvanece si se abandona la óptica subjetivista de que se viene hablando, porque además la parte demandante no ofreció devolver los títulos valores o dar caución bajo las directrices del inciso segundo del artículo 882 del Estatuto Mercantil; al menos en ese sentido aquí no se manifestó.

b) Ha de tenerse en cuenta que, ni para el ejercicio de la acción causal, ni frente a la acción *in rem* verso<sup>13</sup> subsidiaria, acciones ambas consagradas en el precepto normativo últimamente mencionado, se requiere previo pronunciamiento jurisdiccional que determine la caducidad o prescripción de la acción cambiaria.

Así luego, la sociedad *Superbus Ltda.* no puede aspirar a reportar un beneficio del negocio originario, cuando no procedió con la debida diligencia a fin de procurarse el recaudo de la obligación; como tampoco puede afincarse exclusivamente en el que llama contrato de prestación de servicios, diciendo que de su parte satisfizo los compromisos que le incumbían, no así el que correspondía a la otra contratante *Navco S.A.*, y desligarlo de los títulos valores que fueron concebidos en esa negociación, pues como lo ha precisado nuestra jurisprudencia patria:

*“Al aceptar el acreedor causal que le sean entregados pro solvendo instrumentos negociables, no es que al crédito primitivo venga a sumársele por arte de antojadiza ficción otro distinto de naturaleza cambiaria, sino que el primero adquiere provisionalmente este último carácter, obligándose por lo tanto aquel acreedor a agotar de preferencia esta vía en busca de la normal satisfacción de su derecho, de suerte que cualquier proceso fundado en la relación originaria, contractual por ejemplo, no podrá iniciarse sino en tanto el instrumento haya sido rechazado sin que medie culpa del acreedor y ese revestimiento cambiario que envuelve la deuda, con las consecuencias que le son inherentes, aparezca neutralizado mediante la devolución del título o el otorgamiento de caución, naturalmente y no está por demás insistir de nuevo en el punto, si ello es necesario para suprimir riesgos en realidad existentes de posible ejercicio por diferentes personas de acciones cambiarias y causales con objetivos contradictorios en detrimento del deudor”.*<sup>14</sup>

10. Corolario de la argumentación que precede, se concluye que no confluyen los elementos de la acción para la prosperidad de las pretensiones, agotándose en este momento, el estudio del litigio; marcándose la confirmación de la sentencia apelada por estas especiales razones, y no por las enseñadas por el a quo.”

**FUENTE NORMATIVA :** LEY 222 DE 1995, ARTÍCULO 26  
: LEY 222 DE 1995, ARTÍCULO 27  
: LEY 222 DE 1995, ARTÍCULO 148  
: ARTÍCULO 882 DEL C.CO.

**FECHA** : 2011-02-14  
**PROCESO** : ORDINARIO  
**PONENTE** : Dra. RUTH ELENA GALVIS VERGARA  
**DEMANDANTE** : SUPERBUS DE BOGOTÁ S. A.  
**DEMANDADO** : NAVCO S. A. DAEWOO ANDINO EN LIQUIDACIÓN Y OTROS  
**RADICACIÓN** : 11001310300519980125601

## 1.2 Sala de Familia

### 1.2.1

**CADUCIDAD DE LA ACCIÓN.** Conforme a las reglas del debido proceso son tres las oportunidades procesales para su declaración, a saber: a) Al rechazar la demanda, (artículo 85 del C.P.C.). b) Si se alegó y deviene prospera la excepción previa de caducidad (artículo 97 del C.P.C. y c) en la sentencia que pone fin al proceso (artículo 306 ibídem).

“Como quedó dicho, las normas relativas a la caducidad son de carácter procesal, como lo son todas las disposiciones que en la jurisdicción regulan cómo, cuándo, dónde y ante quién se ha de acudir para lograr la protección judicial que permita o asegure la realización efectiva de los

<sup>13</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 19 de diciembre de 2007. M. P. Pedro Octavio Munar Cadena.

<sup>14</sup> Corte Suprema de Justicia, Cas. Civil, Sent. jul. 30/92. Exp. 2528. M.P. Carlos Esteban Jaramillo Schloss

*derechos consagrados en las normas sustanciales; lo anterior al punto de que, precisamente, el aspecto de la caducidad debe examinarse dentro de los “presupuestos procesales” e incluso en caso de verificar su ocurrencia, desde antes del inicio del proceso, se impone el rechazo de la demanda, de plano.*

*Cada etapa del proceso está demarcada por un acto del funcionario judicial, es por ello que el auto admisorio es el acto procesal del funcionario mediante el cual da inicio al proceso, como en efecto ocurrió en este caso, al observar que no estaba caducada la acción impetrada.*

*Ahora bien el artículo 97 de Código de Procedimiento Civil, consagra cual es la oportunidad para proponer las excepciones previas y al respecto indica: “El demandado, en el proceso ordinario y en los demás en que expresamente se autorice, dentro del término de traslado de la demanda podrá proponer las siguientes excepciones previas:...”, entre ellas la de caducidad de la acción, (inciso final artículo 97 del C.P.C.), excepción que puede ser propuesta igualmente como de fondo.*

*Para el caso de autos, la parte demandada propuso como excepción de fondo la de prescripción de la acción, es decir, y en ello le asiste la razón a la parte apelante que el Juez únicamente puede declarar probada la excepción de caducidad de la acción en tres momentos procesales a saber; a) rechazando la demanda, (artículo 84 del C.P.C.). b) si se alegó como excepción previa (artículo 97 del C.P.C. y c) en la sentencia que pone fin al proceso (artículo 306 ibídem), es decir que necesariamente es deber de la jueza de primera instancia continuar con el trámite normal del proceso, y no sorprender a la parte demandante con la declaratoria de caducidad de la acción, circunstancia que no se analizó al momento de admitir la demanda y tampoco se propuso como excepción previa por parte del demandado, pues se reitera tal facultad no la consagra el legislador.*

*Así las cosas, ha de revocarse el auto apelado.”*

**FUENTE NORMATIVA : ARTÍCULO 95 DEL C.P.C.**

**: ARTÍCULO 97 DEL C.P.C.**  
**: ARTÍCULO 306 DEL C.P.C.**

**FECHA**

**: 2011-04-25**

**PROCESO**

**: ORDINARIO (RESCISIÓN DE LA PARTICIÓN)**

**PONENTE**

**: Dr. OSCAR MAESTRE PALMERA**

**DEMANDANTE**

**: ÁNGELA MARÍA CALDERÓN MONTAÑA**

**DEMANDADOS**

**: CAMILO ALFREDO CALDERÓN MONTAÑA Y HEREDEROS**

**INDETERMINADOS DE MARÍA ANTONIETA DE CALDERÓN**

**RADICACIÓN**

**: 110013101002220080082201**

## 1.2 Sala Laboral

### 1.3.1

**EXCEPCIÓN PREVIA DE FALTA DE JURISDICCIÓN.** Al no tipificar la función del servidor en la respuesta en la ley como identificadora de trabajador oficial y dada la naturaleza jurídica de la entidad demandada se llega a la conclusión de que su calidad es la de empleado público por lo cual la controversia planteada corresponde resolverla a la jurisdicción contencioso administrativa, no obstante invocarse la existencia de un contrato de trabajo y derechos derivados de la convención colectiva.

«Es bien sabido que la jurisdicción ordinaria en la especialidad del trabajo y de la seguridad social tiene competencia para dirimir, entre otros asuntos, los conflictos jurídicos que se susciten directa o indirectamente de la ejecución del contrato de trabajo, tal como lo dispone el artículo 2º del CPT y SS, modificado por el artículo 2º de la ley 712 de 2001:

“La jurisdicción ordinaria, en sus especialidades laboral y de seguridad social conoce de :

1. Los conflictos jurídicos que se originan directa o indirectamente en el contrato de trabajo....”

En sentencia emitida por el Consejo de Estado, se declaró la nulidad de los Decretos 290 del 15 de febrero de 1979 “Por el cual se suple la voluntad del fundador y se adoptan disposiciones en relación con la Fundación San Juan de Dios”; 1374 del 8 de junio de 1979 “Por el cual se adoptan los estatutos de la Fundación San Juan de Dios”; y 371 del 23 de febrero de 1998 “por el cual se suple la voluntad del fundador y se reforman los estatutos de la Fundación San Juan de Dios”, expedidos por el Gobierno Nacional, en donde se señaló “Al tratarse, como en efecto se trata, de una institución de salud departamental, es a la Asamblea Departamental de Cundinamarca, en este caso, a

quien corresponde tomar las determinaciones concernientes al referido hospital.”<sup>15</sup>

*Posteriormente el Consejo de Estado advirtió:*

“(...) Los fallos que decretan la nulidad de los actos administrativos tienen efectos ex tunc, es decir, desde el momento en que se expidió el acto anulado, por lo que las cosas se deben retrotraer al estado en que se encontraban antes de su expedición.

Antes de la expedición de los actos anulados, el Hospital San Juan de Dios era una institución de salud departamental de propiedad de la Beneficencia de Cundinamarca y el efecto del fallo es que vuelva a adquirir tal calidad (...)”<sup>16</sup>

*El artículo 1º de la ley 10 de 1990, consagra que: “La prestación de los servicios de salud, en todos los niveles, es un servicio público a cargo de la Nación, gratuito en los servicios básicos para todos los habitantes del territorio nacional y administrado en asocio de las entidades territoriales, de sus entes descentralizados y de las personas privadas autorizadas, para el efecto, en los términos que establece la presente Ley.”*

Así mismo, dispone en el parágrafo de su artículo 26:

“ (...) Parágrafo: Son trabajadores oficiales, quienes desempeñen cargos no directivos destinados al mantenimiento de la planta física hospitalaria, o de servicios generales, en las mismas instituciones (...)”

Los cargos desempeñados por las demandantes fueron los siguientes: Albino Patiño Arévalo, Jefe de Sección (fl. 197); Nohora Elena Maldonado Veloza, Auxiliar de Administración Nocturna (fl. 199); Elsa Stella Cobos González, Auxiliar de Administración en el Departamento de Laboratorio Clínico (fl. 202); Gladys Grajales de Coca, Auxiliar de Enfermería Nocturna (fl. 204); Gloria Yolanda Osorio Abril, Técnica de Electrocardiograma (fl. 206); María Esperanza Villate Vargas, Auxiliar de Enfermería Nocturna (fl. 209); Martha Cecilia Hernández Tibaduiza, Jefe de Sección en el Departamento Financiero (fl. 212); Norma Castro Colmenares, Auxiliar de Enfermería Nocturna (fl. 214); Ana María Daza Gamarra, Auxiliar de Enfermería Diurna (fl. 219) y Martha Elena Fátima Suárez Viveros, Bacterióloga (fl. 223). De ahí que, al no ser de aquellos de mantenimiento de la planta física o de servicios generales que conlleva a que quien lo ocupe tenga la calidad de trabajador oficial, no existe duda en cuanto a la calidad de empleados públicos de los gestores del proceso, por lo que no es esta la jurisdicción llamada a dirimir las controversias que se originen de dicha prestación de servicios, sino la jurisdicción contenciosa administrativa, como expresamente lo prevé el artículo 82 del Código Contencioso Administrativo, subrogado por el Decreto 2304 de 1989 en su artículo 12 establece que “La jurisdicción de lo contencioso administrativo está instituida por la Constitución para juzgar las controversias y litigios administrativos originados en la actividad de las entidades públicas y de las personas privadas que desempeñen funciones administrativas....”

Ahora, si bien es cierto que los demandantes reclaman fulminar las condenas aduciendo la existencia de un contrato de trabajo dentro de los fundamentos de hecho, y ha sido reiterada la jurisprudencia en el sentido de que basta la afirmación del demandante de que la relación jurídica con la demandada fue un contrato de trabajo para que sea esta la jurisdicción competente para conocer de la controversia. Éste es un criterio que no es absoluto ni la jurisprudencia ha señalado que sea aplicable en todos los casos, por el contrario hay que examinar cada caso concreto, así que es de recibo para aquellos asuntos en los cuales se discute la clase de contrato que vinculó a las partes y especialmente tratándose de entidades oficiales, que las funciones desempeñadas por el servidor público sean propias de los trabajadores oficiales, dada la naturaleza jurídica de la entidad a la cual se presta el servicio, o que se discuta el cargo desempeñado o las funciones realmente cumplidas, circunstancias que aquí no acontecen, toda vez que no se encuentra en discusión los cargos desempeñados por las actoras, los cuales en momento alguno están catalogados dentro de los cargos de excepción, como quiera que no cumplen funciones de mantenimiento de la planta física o de servicios generales.

Así que dada la naturaleza jurídica de la entidad demandada y la condición de empleadas públicas de las reclamantes, resulta inane adelantar un proceso a sabiendas que el resultado final es que no ha existido contrato de trabajo, lo cual se advierte claramente desde este momento procesal. Es que el proceso por el proceso no existe, su fin es el dirimir el conflicto sometido a consideración del juez como titular de la jurisdicción, su función no es meramente privada, también tiene una proyección social, en cuanto a la realización del derecho y el afianzamiento de la paz jurídica, fines que se verían

<sup>15</sup> Consejo de Estado, sentencia del 8 de marzo de 2005

<sup>16</sup> Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Cuarta Consejera Ponente: Ligia López Díaz - Bogotá, D. C., nueve (9) de marzo de dos mil seis (2006)- Radicación Número: 25000-23-25-000-2005-01458-01(Ac).

afectados si se adelantara un proceso sin otro objetivo que el desgaste de las partes y de la propia administración de justicia, lo que de otra parte contribuiría a la congestión, ya insopportable de la justicia laboral. Lo que, por lo demás iría en contravía del principio esencial de la administración de justicia, como función pública estatal, de resolver de manera responsable, ágil eficiente y eficaz, los conflictos que se sometan a su decisión (art. 7 de la ley 270 de 1996).

En verdad que algunas de las súplicas tienen como soporte jurídico la convención colectiva de trabajo que rigió en la entidad demandada, pero ello no implica que sean trabajadores oficiales, lo que ya se descartó, ni que el conflicto jurídico planteado tenga que dirimirlo la jurisdicción ordinaria en la especialidad del trabajo y de seguridad social, por esa simple circunstancia, pues el numeral 1º del artículo 2º del CPT y SS es diáfano al señalar que esta jurisdicción conoce de los conflictos jurídicos que se originen directa o indirectamente en el contrato de trabajo y no es el estatuto donde se consagre el derecho litigado el que define el órgano jurisdiccional competente. Además, puede suceder que en principio un servidor tenga la naturaleza de trabajador oficial y posteriormente se cambie por empleado público o viceversa, lo que es legal, visto que la administración goza de dicha facultad, por ejemplo, por la reestructuración de la misma y tampoco es legítimo invocar para la determinación de la condición del servidor público la forma de vinculación a la entidad sino que para tal efecto se tiene que acudir a la ley, que la crea o reestructura, y de ella desentrañar la naturaleza jurídica de la regulación de esos servicios.»

**FUENTE NORMATIVA : ARTÍCULO 58 DE LA C.N.**

: LEY 10 DE 1990, ARTÍCULO 1º  
: LEY 10 DE 1990, ARTÍCULO 26

|            |  |
|------------|--|
| FECHA      | : 2011-03-11   |
| PROCESO    | : ORDINARIO  |
| PONENTE    | : Dr. MILLER ESQUIVEL GAITÁN   |
| DEMANDANTE | : ALBINO PATIÑO ÁREVALO Y OTROS  |
| DEMANDADOS | : FUNDACIÓN SAN JUAN DE DIOS, BENEFICENCIA DE CUNDINAMARCA, DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA, LA NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO Y BOGOTÁ D.C. |
| RADICACIÓN | : 11001310501520090031501  |

## 1.4

### Sala Penal

#### Boletín informativo 014 del 15 de abril de 2011

##### **1. PROVIDENCIAS DE ESTA CORPORACIÓN**

**1.4.1. M. P. VALLEJO JARAMILLO JORGE ENRIQUE – Rad. 110016000017200980790 01 (21-01-11) SENTIDO DEL FALLO – Posibilidad de variarlo: Procedimiento / CONGRUENCIA – Entre la acusación y la sentencia / ACUSACIÓN – Contenido – Alcance de la tipificación contenida en la acusación/ VARIACIÓN DE LA CALIFICACIÓN JURÍDICA EN EL CURSO DEL JUICIO – Posibilidad dentro los parámetros de la Ley 906 de 2004 – Cuando se ha acusado por acceso carnal o acto sexual violento no es admisible y resulta ineficaz que al culminar el juicio se solicite condena por acceso carnal o acto sexual abusivo –“La tipificación circunstanciada que a la postre hace el órgano requirente no tiene la potencialidad de modificar los soportes relevantes de la descripción fáctica que es objeto de enjuiciamiento, como para remitirse hacia otro delito contentivo de elementos descriptivos que no conoció el acusado y frente a los cuales, por ende, no pudo ejercer su defensa.”**

“... debe ahora reflexionar la Sala sobre el siguiente problema jurídico. ¿Qué debe hacer un Juez, si es que algo puede hacer, cuando después de anunciar el sentido del fallo encuentra que se equivocó y se enfilia por esa senda hacia una decisión equivocada?

(...)

Por ello la necesaria coherencia que viene de plantearse entre el primigenio sentido del fallo y la sentencia no puede predicarse de manera absoluta, aún a costa de que en aras del procedimiento el Juez adopte una decisión que estima ilegítima por hallarla, en un examen más concienzudo de

*las pruebas y argumentos planteados en el juicio, contraria al derecho sustancial o a lo probado. En este punto debe permitirse alguna matización, pues si bien es lo deseable la perfecta coherencia entre el original anuncio del sentido del fallo y éste, en su exacta configuración, también debe abrirse el espacio para que en ciertos y determinados casos, con una fundamentación suficiente y explícita, posibilitando la comunicación a las partes y el ejercicio de sus derechos, el Juez de Conocimiento otorgue preponderancia a normas rectoras como las contendidas en los artículos 5, 6, 10, 12, 26 y 27 de La Ley 906 de 2004, en cuanto provea la solución que con absoluta lealtad estime que se ajusta al imperativo de establecer con objetividad la verdad y la justicia, ceñido a la legalidad con prevalencia del derecho sustancial y evitando excesos formales que puedan resultar contrarios a la Administración de Justicia.*

*De manera que al advertir que su anuncio preliminar lo conduce hacia una decisión que no consulta la legalidad, la corrección o la justicia, deberá el funcionario adoptar las medidas que le permitan reencausar el proceso para que éste finique en la primera instancia con la decisión que consulte los fines constitucionales que le son propios y por los cuales actuamos los Jueces, precisamente, en nombre de la República y por autoridad de la Ley. Pero no podrá hacerlo, sin más, profiriendo la sentencia contentiva de la ratio decidendi que contraría lo antes enunciado, sino que deberá, previamente, invalidar su pretérito informe sobre el sentido que tendría su decisión, para corregir desde ese punto el trámite y así garantizar la legalidad, los derechos de las partes, pero también la coherencia entre los dos caros momentos que se vienen estudiando como componentes temáticos de la decisión judicial.*

*(...)*

*... en este punto del análisis es menester examinar si la alegación de falta de congruencia entre la acusación y la sentencia que se emitiría de estarse al primigenio anuncio del sentido del fallo realmente constituye una hipótesis eficaz de anulación del proceso. Antes de continuar recuérdese que la Fiscalía acusó por actos y accesos carnales violentos, en su alegato conclusivo varió la tipificación hacia acceso carnal abusivo y por esta infracción se informó que se condenaría.*

*La cuestión radica, al fin de cuentas, en establecer si la congruencia se predica con el cargo de la acusación o con el de la petición final de condena después de practicada la prueba.*

*(...)*

*iv) El principio de congruencia cobra materialidad en cuanto se refiere a los elementos que señalan los hechos, los argumentos jurídicos y las citas normativas concretas, lo cual supone: a) Que al momento de proferir fallo el juez sólo puede tener en cuenta el factum de la acusación, de modo que si las pruebas demuestran que los sucesos no ocurrieron como lo expone la Fiscalía, aquél tiene que definir el caso de manera contraria a las pretensiones de la entidad acusadora. (b) Que la acusación sea completa y coherente en el aspecto jurídico a lo largo de la actuación y hasta el alegato final en el juicio oral, señalando con precisión los preceptos que sirven de fundamento para la atribución de responsabilidad, con indicación de las circunstancias específicas y genéricas que inciden en la punibilidad<sup>17</sup>.*

*v) La congruencia se asienta sobre un trípode hermenéutico en tres aspectos, cuales son el personal (partes), el fáctico (hechos y circunstancias) y el jurídico o modalidad delictiva; los cuales debe identificarse entre las imputaciones de la Fiscalía y las decisiones de los Jueces, para que así el sentenciado no pueda ser sorprendido con un fallo que trasforme uno de los tres aspectos enunciados en detrimento del debido proceso y el derecho de defensa.*

*(...)*

*... se imponen ahora sendos cuestionamientos: ¿Qué debe contener la acusación?, y ¿cuál es el alcance de la tipificación circunstanciada que de la conducta por la cual acusó, realiza la Fiscalía al final del debate público?*

*Ambos temas han sido examinados con rigor por la Sala de Casación Penal, quien ha ofrecido las siguientes respuestas que resultan esclarecedoras, no solo por provenir del órgano de cierre en materia penal, sino fundamentalmente por su densidad argumentativa:*

*i) La sentencia del 27 de octubre de 2008, con ponencia del Dr. Julio Enrique Socha Salamanca<sup>18</sup>, es precisa sobre este tópico:*

*“... la acusación, para efectos de su verificación y refutación durante la etapa del juicio, debe contener una clara e inequívoca delimitación tanto de los hechos jurídicamente relevantes del caso (imputación fáctica) como de los cargos que en razón de tales acontecimientos se formulan (imputación jurídica) en aras de respetar la estricta legalidad y jurisdiccionalidad del sistema<sup>19</sup>”.*

*ii) Un problema se presenta al dilucidar la posibilidad de variar la calificación jurídica bajo los parámetros de la Ley 906 de 2004, en caso de que en desarrollo del juicio oral y una vez surtido el*

<sup>17</sup> Cfr. Sentencia CSJ del 25 de abril de 2007. Rad. 26309

<sup>18</sup> La Sala advierte que se incorporará negrillas con subrayado, sin perjuicio de las contenidas originalmente en la providencia

<sup>19</sup> Ibídem, pág. 607, citando a Carrara, o. c., tomo II, § 892, pág. 364

debate probatorio la Fiscalía advierta otra visión de los hechos y la figura típica que de ellos se derive, o bien la presencia de circunstancias agravantes o de mayor punibilidad.

En sentencia del 27 de julio de 2007, radicado 26.468, M.P. Alfredo Gómez Quintero, la Corte ratifica la tesis según la cual se establece un nexo de causa y efecto vinculante entre la imputación delictiva que el Estado jurisdiccional hace a una persona y la decisión que define en el fondo la controversia penal, de manera que como presupuesto general ello supone la elaboración de un juicio de identidad fáctica -hecho histórico objeto de investigación- y jurídica -nominación que al mismo da la ley, con todas las circunstancias que lo modifican-. Así, es evidente que la congruencia exige correspondencia o identidad entre la sentencia y los cargos imputados en la acusación. No obstante, admite la Sala de Casación que esa claridad conceptual no se advierte en igual medida cuando se intenta precisar **cuál es el elemento jurídico-material condicionante del fallo**, esto es, si inexorablemente la acusación señala de manera definitiva sus límites o si ella puede ser susceptible de variación por parte de la Fiscalía, con forzosa incidencia en la sentencia, o si, inclusive, puede el Juez apartarse de la acusación y emitir un fallo acorde con lo que determina probado en el debate oral.

(...)

... tenemos entonces que en el sistema procesal regido por la Ley 906 de 2004 existe la obligación para la Fiscalía de formular tanto la imputación como la acusación, fáctica y normativamente, con todos los factores que modelan el injusto típico, al punto que en el primer caso, los cargos así comunicados resultan inmodificables en los eventos de allanamientos y preacuerdos, siempre que permanezcan indemnes las garantías fundamentales del imputado, pues de lo contrario se podría acudir a la anulación del acto judicial que convalidó la admisión de responsabilidad; es decir que cuando de terminación anticipada se trata, se pregoná una congruencia estricta con lo imputado y aceptado porque esto último es suficiente como acusación (artículo 293 C.P.P.)<sup>20</sup>.

Así mismo, “para los procesos adelantados por los cauces ordinarios hasta llegar a la sentencia previo un juicio oral, los cargos se concretan de manera clara en la acusación, momento en el cual se anuncia el ingreso al proceso de los hechos y su denominación jurídica, así como las pruebas que pretende materializar la fiscalía en el juicio oral”<sup>21</sup>. En este caso se genera, sin embargo, la imposibilidad de modificar el aspecto fáctico consignado en la formulación de acusación, **aunque bien puede ocurrir que las pruebas practicadas en el debate oral den lugar al reconocimiento de circunstancias que atemperan el injusto o el juicio de reproche, o a una tipificación más benigna, si y solo si se conserva el núcleo básico de la imputación y no se afrentan los derechos de las partes e intervenientes**.

5.4.3. Esta última afirmación merece explicarse mediante un desarrollo argumentativo preciso:

La Ley 906 de 2004 no define como provisional la calificación jurídica de la conducta por la cual se acusa ni permite la movilidad de la Fiscalía o del Juez dentro del respectivo título al momento de solicitar o dictar sentencia, según se trate de uno u otro respectivamente, como se regulaba en el Decreto 2700 de 1991 (artículo 442-3); como tampoco regula la posibilidad de variar la calificación jurídica de la conducta punible, inclusive a partir de un elemento básico estructural del tipo penal, como sí lo preceptúa el artículo 404 de la Ley 600 de 2000. Lo que sí hace la novel codificación regida, insístase, por el principio acusatorio (que por lo tanto debe ser más exigente en cuanto a la precisión de la actividad del titular de la acción penal) es permitirle al fiscal que de acuerdo con el desarrollo de la fase probatoria del juicio, efectúe en su alegación final una tipificación circunstanciada de aquella conducta por la cual presentó la acusación (artículo 443, inciso 1)<sup>22</sup>.

Dígase con claridad: **La tipificación circunstanciada que a la postre hace el órgano requirente no tiene la potencialidad de modificar los soportes relevantes de la descripción fáctica que es objeto de enjuiciamiento, como para remitirse hacia otro delito contentivo de elementos descriptivos que no conoció el acusado y frente a los cuales, por ende, no pudo ejercer su defensa.**

(...)

<sup>20</sup> Cfr. Sentencia del 28 de febrero de 2007, radicado 26.087, M.P. Marina Pulido de Barón.

<sup>21</sup> *Sentencia del 10 de marzo de 2010, radicado 32868, MP Sigifredo Espinosa Pérez. Véase también sentencia del 28 de octubre de 2009, radicado 32192, MP María del Rosario González de Lemos:* “A partir de dicho precepto (artículo 448) se ha entendido que la acusación constituye la pieza procesal en la cual deben aparecer expuestos con precisión los aspectos materiales (imputación fáctica) y jurídicos (imputación jurídica) de la conducta punible por la cual se procede, con indicación exacta de su calificación jurídica”.

<sup>22</sup> “No obstante, ha puntualizado la Sala en punto del principio de congruencia que nada se opone a que el ente acusador solicite condena por un delito de igual género pero diverso a aquél formulado en la acusación, siempre que sea de menor entidad, o depreque la exclusión de circunstancias de agravación cuando la nueva tipicidad imputada guarde identidad con el núcleo básico de la imputación, esto es, con el fundamento fáctico de la misma, pero además, que no implique perjuicio para los derechos de todos los sujetos intervenientes”. Sentencia del 28 de octubre de 2009, radicado 32192, Up supra.

ii) La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en sentencia del 20 de junio de 2005, en el asunto *Fermín Ramírez vs. Guatemala*, consideró lo siguiente al determinar el alcance de las garantías contenidas en el artículo 8.2<sup>23</sup> de la Convención: “La descripción material de la conducta imputada contiene los datos fácticos recogidos en la acusación, que constituyen la referencia indispensable para el ejercicio de la defensa del imputado y la consecuente consideración del juzgador en la sentencia. De ahí que el imputado tenga derecho a conocer, a través de una descripción clara, detallada y precisa, los hechos que se le imputan. **La calificación jurídica de estos puede ser modificada durante el proceso por el órgano acusador o por el juzgador, sin que ello atente contra el derecho de defensa, cuando se mantengan sin variación los hechos mismos** y se observen las garantías procesales previstas en la ley para llevar a cabo la nueva calificación” (subraya no original).

iii) El artículo 448 C.P.P. distingue los hechos que constan en de la acusación y los delitos por los cuales se solicita condena. Diferenciación que obedece a una razón lógica, y no es otra que la referencia explícita a la imperiosa urgencia de guardar la congruencia jurídica, pues en el escrito acusatorio se consignan los hechos jurídicamente relevantes y las normas que los tipifican, los cuales se expondrán en forma circunstanciada durante la exposición oral final con base en los medios cognoscitivos recaudados.

iv) Los hechos jurídicamente relevantes, que como tales patentizan en el mundo fenoménico los elementos descritos en la conminación penal, inciden directamente en la pertinencia de las pruebas que se van a solicitar y decretar. Así por ejemplo, si de un acto sexual abusivo se trata, por la edad del sujeto pasivo, y así se expresa claramente desde la acusación –por lo menos- la defensa podría tener interés en demostrar a partir de ciertos factores antropométricos del joven o prueba de otra índole, que era factible para el agente incurrir en un error de tipo sobre el límite de la edad legalmente dispuesta para la propia autodeterminación. Pero si se acusa por actos violentos, ese interés carecería de toda importancia.

Véase entonces que no es poca cosa que a la hora de nona se modifique la inculpación en un aspecto de tal alcance.

v) Al rastrearse la jurisprudencia de la Corte Suprema se encuentra que en las sentencias del 28 de febrero y 25 de abril de 2007, radicados 26.087 y 26.309, con ponencias de los doctores Marina Pulido de Barón y Yesid Ramírez Bastidas, se afirmó que en un proceso ordinario la congruencia se predica ya no en relación con la calificación jurídica de carácter provisional efectuada en la acusación, sino con la propuesta en los alegatos finales, acompañados de la solicitud de condena; aclarándose que esa tipificación circunstanciada no es de cualquier conducta sino de aquella por la cual se presentó acusación. Empero, y aún reconociendo tan amplio alcance a esa actividad de parte, se dejó claramente establecido que tal potestad de ninguna manera puede alterar el núcleo de la imputación fáctica.

(...)

Queda claro entonces, para brindar expresa respuesta al apelante, que al juzgador de primer grado le está permitido apartarse de la imputación jurídica que ha formulado la Fiscalía en la acusación, pero esa posibilidad no depende solamente de que la nueva calificación sea más favorable a los intereses del acusado o de que en el juicio se hayan debatido las pruebas que soportan la denominación jurídica sobreviviente, ni siquiera que se presente solicitud expresa; sino de que se cumplan con rigor todas las exigencias acabadas de mencionar, resaltando hasta la saciedad que no pueden implicar modificación del núcleo fáctico que soporta la acusación.

vii) En el estudio al que se aplicó la Sala sobre las líneas jurisprudenciales en esta materia, considera que merece apartado especial la sentencia del 3 de junio de 2009, radicado 28649, MP Dr. Jorge Luis Quintero Milanés. Aquí la Corte Suprema estudió un caso en donde la Fiscalía acusó por acceso carnal en persona puesta en incapacidad de resistir (artículo 207 C.P.), pero el Juez de Conocimiento profirió condena por acceso carnal con incapaz de resistir (artículo 210 ídem), pues consideró que en el juicio no se demostró que a la víctima se le hubiera suministrado contra su voluntad alguna sustancia depresora del sistema nervioso central, aunque sí se comprobó su ingesta voluntaria de licor.

Decisión que fue revocada por el Tribunal Superior de Bogotá, quien profirió absolución por el delito de la acusación, y que avaló la Corte al señalar que

“... el fallo de primer grado fue abiertamente incongruente con la acusación formulada por la fiscalía, motivo por el cual –de manera acertada- el Tribunal entró a corregir el yerro y, en consecuencia, a fallar –en sentido absolutorio- respecto del delito imputado”.

<sup>23</sup> Artículo 8. Garantías judiciales. 2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca plenamente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: b) comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada.

Seguidamente ilustra que se transgredió el principio de congruencia que debe existir entre la acusación y el fallo, porque no solamente se modificó la denominación jurídica de la conducta punible, sino que alteró la esencia de la imputación fáctica. Lo anterior por cuanto si bien es cierto el acceso carnal es elemento común para ambas conductas (tanto para la deducida en la acusación, como para aquella por la que los procesados fueron condenados), también lo es que de una a otra existe una diferencia tan relevante que supone necesariamente una situación fáctica distinta.

(...)

... si al Juez se le exige acatar la congruencia para que su actividad se enmarque dentro de las reglas del debido proceso y las garantías a la defensa, también al Fiscal para que tenga potencia de éxito su postulación, en aquellos aspectos que no son susceptibles de variación en la tipificación circunstanciada, como lo es el núcleo fáctico...

5.4.5. Decantado todo lo anterior queda por afirmar de manera breve ante la claridad expositiva de la providencia de primer nivel, que variar la petición de condena desde un acceso carnal o un acto sexual en sus connotaciones de violencia, hacia otras signadas por lo abusivo en virtud de que la víctima es menor de 14 años, como ocurrió en el juicio de que aquí se trata, no es cuestión de poca monta que conlleve una sutil modificación de circunstancias jurídicas, sino que muta los elementos típicos de necesaria comprobación en uno u otro caso, para predicar el juicio de adecuación. Tema trascendente inclusive desde la etapa de las solicitudes probatorias, como antes se mencionó a manera exemplificativa; cuando no en torno a la posibilidad de oportuna aceptación de un cargo adecuadamente formulado.

No se trata entonces de degradar un acceso violento hacia uno abusivo, como por descarte, cual si este último se declarara residualmente porque no fue posible comprobar el reato más grave por el cual se formuló la acusación. Cada uno tiene su particularidad dogmática, sus elementos típicos, pero, he aquí lo relevante, cada uno parte de supuestos fácticos diversos<sup>8</sup>.

5.5. Recapitulación como respuesta a los problemas jurídicos planteados. La acusación presentada por la Fiscalía fue clara y completa, pero la posterior variación en su alegación de clausura resultaba ineficaz porque implicaba una inadmisible modificación del núcleo de la acusación y planteaba, implícitamente y sin el debido debate, diferentes elementos estructurales del tipo que se sustentan en importantes diferencias del contexto fáctico; es decir, se pidió condena, no solo por delitos distintos a los que se venían atribuyendo, sino también por hechos diferentes a los contenidos en la acusación. Esta variación, por lo tanto, no podía ser eje de congruencia ni constituir el soporte de la decisión judicial en sus fases de enunciación del sentido del fallo y emisión de sentencia; por manera que al advertir el error en que se incurrió al tenerla por tal, se imponía la anulación decretada."

Relatoría/consulta/2011/Acusatorio /Autos

<sup>8</sup> Para mayor claridad la Sala se permite remitir a las sentencias del 3 de junio y 28 de octubre de 2009, radicados 28649 y 32192 con ponencias de la Dra. María del Rosario González de Lemos y del Dr. Jorge Luis Quintero Milanés, respectivamente.

#### **1.4.2. M. P. VALLEJO JARAMILLO JORGE ENRIQUE – Rad. 110016000028201002540 01 (21-01-11) DOLO EVENTUAL – En accidente de tránsito: Requisitos para que se configure – Diferencias con la culpa.**

"Ahora bien, sostiene el impugnante que se está ante un fenómeno de dolo eventual porque el conductor de la camioneta había ingerido licor, carecía de seguro obligatorio, excedió la velocidad permitida en el sector correspondiente a 30 kilómetros por hora y desconoció una señal de pare; lo que implica, en su sentir, que el procesado se representó como probable el resultado letal, pero su no producción la dejó librada al azar.

Para empezar a dar respuesta a este cuestionamiento debe tenerse presente que la ley consagra como modalidades de la conducta punible, para lo que aquí interesa, la dolosa y la culposa; teniendo claro que se predica la primera cuando el agente conoce los elementos descriptivos de la conducta delictiva y quiere su realización, mientras que la segunda obedece a la producción de un resultado lesivo de bienes jurídicos a través de una conducta socialmente relevante pero, en

*principio, indiferente para el ius puniendi, que sin embargo viola de manera determinante el deber objetivo de cuidado y genera el daño previsible, no querido.*

A su vez, ambas modalidades admiten matizaciones, así, el dolo puede ser eventual, cuando el agente no ha dirigido su conducta directamente a la producción del resultado cual si efectivamente lo quisiera, sino que la prevé como probable pero su no realización la somete a un albur y continúa actuando con pasmosa indiferencia, admitiendo la contingente realización del daño. La persona continua con la acción generadora del curso causal sin importarle el desenlace, bajo una actitud de desinterés total por lo que pueda ocurrir, o lo que es equivalente, sin voluntad relevante de evitación frente al resultado probable. Sobre el punto dígase que también en el dolo eventual es necesario que concurren los elementos cognitivo y volitivo, aunque este último presenta una magnitud menguada en comparación con el dolo directo y con el indirecto o de consecuencias necesarias, pues su intensidad no llega hasta la voluntad dirigida positivamente hacia un fin, sino que se manifiesta como una indiferencia consciente que acepta la realización del resultado a pesar de advertir su inminencia.

*Entre tanto la culpa puede ser con o sin representación, según que el agente no previo el resultado, siendo previsible, o lo hizo, pero confió imprudentemente en poder evitarlo.*

No obstante lo hasta aquí dicho, la dogmática penal coincide en que la distinción entre dolo eventual y culpa con representación constituye aún uno de los más álgidos temas de controversia porque los linderos divisorios entre uno y otra pueden llegar a ser bastante sutiles, en tanto que el dolo eventual es, a su vez, la frontera entre el dolo y la culpa o imprudencia. Por esta razón la perspectiva teórica se agota con el señalamiento de las caracterizaciones de cada instituto y es en el caso concreto donde deberá afirmarse si realmente el sujeto tuvo ocasión de comprender la probable ocurrencia de la conducta punible, y si frente a ello obró con indiferencia, o realmente confió en que no ocurriría el resultado antijurídico.

Importante es señalar que si bien se ha aludido a la representación de la probabilidad de realización del tipo delictivo, aquella debe darse en el plano de lo concreto y no en abstracto, es decir, frente a la situación específica de riesgo. Así mismo, la probabilidad de realización del peligro, o de producción del riesgo, debe ser igualmente seria e inmediata, por contraposición a lo infundado y remoto.

Sobre este particular enseña la H. Corte Suprema: “Las dificultades surgen de sus similitudes estructurales. Tanto en el dolo eventual como en la culpa con representación o consciente el sujeto no quiere el resultado típico. Y en ambos supuestos el autor prevé la posibilidad o probabilidad que se produzca el resultado delictivo. Por lo que la diferencia entre una y otra figura termina finalmente centrándose en la actitud que el sujeto agente asume frente a la representación de la probabilidad de realización de los elementos objetivos del tipo penal” (Sentencia del 25 de agosto de 2010, radicado 32964, M.P. Dr. José Leonidas Bustos Martínez).

Pues bien, para que prospere la postulación del apelante en el sentido de asumir que la conducta se realizó con dolo eventual, abría que verificar y probar más allá de toda duda razonable dos condiciones, (i) que el sujeto se representó como probable, según las particularidades del caso concreto, la producción del resultado antijurídico, y (ii) que dejó su no producción librada al azar, sin manifestación alguna de voluntad de evitación.

Con preocupación observa la Sala que en no pocos escenarios jurídicos y extrajurídicos se ha generalizado recientemente la idea según la cual el delito de homicidio culposo en accidente de tránsito prácticamente se bate en retirada frente al dolo eventual, a raíz de lo argüido en una providencia del Tribunal Superior de Bogotá que fue respaldada por la Sala de Casación Penal, al no casarla. Pues bien, lo que se suele pasar por alto es que en aquella oportunidad, **a la luz de las condiciones concretas del suceso y las pruebas arrimadas**, fue posible comprobar que en el instante previo a la ocurrencia del accidente, el conductor, quien contaba con capacitación específica demostrada y venía violando elementales normas de cuidado, generando con ello riesgos en abstracto, tuvo ocasión de actualizar la inminencia y gravedad de un daño **en concreto**, frente a lo cual omitió cualquiera actitud de evitación; es decir que se acreditó probatoriamente la indiferencia de su acción.

En un caso tal pudo concluirse que el sujeto decidió continuar actuando, no obstante haberse representado la existencia actual y cierta de un peligro inminente y concreto para el bien jurídico, y no obstante ello, no le importó.

Ciertamente lo mismo no puede predicarse en el caso que ahora se estudia, porque si bien es cierto el señor Téllez omitió obedecer la señal de pare, y la velocidad que llevaba no era inferior a los 30 kilómetros por hora, fue esa violación de reglamento la que, aparejada a la imprudencia, llevó a considerar que había violado el deber objetivo de cuidado y por ello se le acusó por homicidio culposo. De no ser así el debate sería otro. Así mismo, que acusaba un primer grado de embriaguez, fue causal de agravación de la conducta. Pero de allí nada permite inferir que él vio al

*menor, actualizó en concreto el riesgo de arrollarlo y aún así continuó impávido su marcha sin importar si lo atropellaba o no.”*

*Relatoría/consulta/2011/Acusatorio /Sentencias*

*Boletín de Sala Penal preparado por NOHORA LINDA ANGULO GARCÍA, Relatora de dicha Sala, y aprobado por Presidente y Vicepresidente de la misma.*

**MARCO ANTONIO ÁLVAREZ GÓMEZ**  
**Presidente del Tribunal**

**ALIRIO CORREAL BELTRÁN**  
**Relator del Tribunal**