



**RAMA JUDICIAL
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
BOLETÍN 15 DE 02 DE SEPTIEMBRE DE 2011**

1. PROVIDENCIAS DE INTERÉS DE ESTA CORPORACIÓN

1.1. Sala Civil

1.1.1

NATURALEZA DE LA OBLIGACIÓN QUE SURGE DEL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS MÉDICOS.

«2. Para resolver el punto conflictivo, debe recordarse que al objeto de la prestación de servicios médicos se le califica, por regla general, como generador de una obligación de medio, opuesta a las de resultado o de seguridad, naturaleza que trae como consecuencia que el débito asumido se satisfaga aún con independencia de que el resultado deseado no se cumpla; bastándole al deudor demandado para liberarse de responsabilidad, en esos precisos casos, que demuestre que la contingencia no se debió a culpa suya, es decir que actuó con diligencia, de manera prudente, con la plena observación de las reglas técnicas pertinentes, con el propósito de acreditar ausencia de culpa en la producción del daño, diligencia que no es cosa distinta a definir, con las pruebas correspondientes, que al paciente se le otorgó la atención adecuada, que se actuó con la mayor eficiencia posible, acorde con los procedimientos a seguir, siguiendo las disposiciones propias del arte y la ciencia vigentes en ese momento histórico.

Dentro de esos comportamientos, descritos generalmente en los apellidados protocolos¹, el demandado debe demostrar que los cumplió, pues si bien “el médico no se obliga a realizar el hecho preciso y determinado consistente en el resultado de sanar al enfermo (causa final) pero sí se obliga a realizar y aún garantiza otros hechos no menos precisos y determinados, a saber, la sucesión de actos en que consiste un tratamiento médico”²; pensamiento destacado por la Corte Suprema al señalar que “...el médico tan sólo se obliga a poner en actividad todos los medios que tenga a su alcance para curar al enfermo; de suerte que en caso de reclamación, éste deberá probar la culpa del médico, sin que sea suficiente demostrar ausencia de curación”³.”»

RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA DERIVADA DE CULPA POR IMPERICIA y NEGLIGENCIA.

«3. En el caso bajo estudio, está probado que el demandante acudió al servicio de urgencias adscrita a la sociedad demandada, por padecer un trauma ocular, que es la “lesión causada en el ojo por factores externos no relacionados con enfermedades del paciente”; el cual obliga una minuciosa “inspección para confirmar o descartar la presencia de cuerpos extraños”, siendo “la mejor forma para descartar cualquier trauma ocular, es visitando a tiempo al oftalmólogo, (pues) las posibles deficiencias oculares pueden generar dificultades más graves para el ojo, siendo este un órgano de vital importancia y cuidado, por su delicadeza.”⁴

De acuerdo con la prueba recaudada en la actuación, sobre el hecho físico de la atención por urgencias del paciente no obra cuestionamiento alguno, mas sí en cuanto a la calidad e idoneidad del servicio prestado, el cual debe responder a los parámetros fijados por las autoridades competentes o por la comunidad científica, como secuencia de pasos en la atención del paciente, de cara al padecimiento sufrido, validados por consenso o por el juicio de expertos; procedimiento sobre el que el Instituto de Medicina Legal, después de revisar la historia clínica del paciente concluyó que el

¹ Por protocolo se entienden los procedimientos, paso a paso, que determinan las autoridades sanitarias de un país o la comunidad científica para el tratamiento de una enfermedad o para realizar una intervención quirúrgica.

² Felipe Vallejo- La responsabilidad civil médica. Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia No. 300-301 mayo-noviembre de 1993, página 33.

³ Corte Suprema de Justicia, sentencia del 30 de enero de 2001.

⁴ Suplemento Medicina Laboral. Trauma Ocular. www.estrucplan.com

“abordaje por parte del médico tratante en el servicio de urgencias fue **inadecuado e incompleto**, por lo siguiente: - El interrogatorio completo y detallado de las circunstancias del trauma hubiesen permitido pensar en la presencia de un cuerpo extraño intraocular, **incluso en ausencia de signos clínicos...**” (fl. 300). Igualmente, en el referido concepto se descalificó el hecho de no haberse “remitido a valoración por oftalmología, **habiendo un criterio para ello, consistente en que la lesión comprometía el borde libre del párpado.**” (Negrillas intencionales); concepto que, igualmente, se corrobora con la literatura que el demandado presentó con la contestación de la demanda. (fl. 108, 110).

En este sentido, no puede dejarse en el olvido que a pesar de que en la revisión física del paciente no se advertían síntomas que motivaran su remisión al especialista, sin embargo ese procedimiento debió agotarse, de cara al hecho no desvirtuado de lo declarado en el interrogatorio que se le formuló al paciente, en cumplimiento del protocolo previsto para esta clase de atención por urgencias, omisión que compromete su responsabilidad pues al haberse referido que la lesión se produjo al momento de manipular un mazo, picando piedra, por el desprendimiento de una esquirla que le produjo una lesión física en el párpado derecho, era de rigor enviarlo al examen del oftalmólogo, afirmación que se soporta en el dictamen técnico que expresa que “toda historia de martilleo debe ser evaluada sobre la posibilidad de presencia de un cuerpo extraño intraocular” (fl. 302).

Así las cosas, ante la necesidad de haber ordenado la remisión al paciente a oftalmología, el médico omisivo es reo de negligencia, pues desconoció las reglas propias de la práctica de su profesión debiéndose insistir que “la actuación del médico se rige por la *lex artis ad hoc*, en consideración al caso concreto en que se produce la actuación e intervención médica y las circunstancias en que la misma se desarrolle, así como las incidencias inseparables en el normal actuar profesional.”⁵»

CONCURRENCIA DE CULPAS ó CONCAUSA. INCIDENCIA SOBRE EL MONTO DE LA INDEMNIZACIÓN.

4. Para liberarse de la responsabilidad que se le reclama el demandado alegó que no incurrió en un comportamiento culposo, pues el paciente, en la anamnesis desarrollada en atención por urgencias, no refirió la existencia de dolor en el ojo, ni sensación de cuerpo extraño en el mismo; por el contrario, que en la revisión física que se realizó, se estableció que la visión se encontraba en 20/20, señales que indicaban que no era necesario realizar actividad diferente al servicio que se le prestó, afirmaciones que decaen ante el concepto del experto oficial, quien puntualizó que ante un cuadro de lesiones producidas con la manipulación de un martillo, debe enviarse al paciente a oftalmología, conducta no asumida por el demandado que lo llama en responsabilidad.

5. Así mismo, el demandado agregó en su defensa, que existió culpa del actor, por no haber concurrido a consulta, inmediatamente sintió dolor, tema sobre el que es importante analizar:

5.1. No ofrece discusión que en la ocurrencia de un hecho pueden concurrir múltiples causas, todas con influencia no solo en su generación sino también en los efectos que se forman, que son las apellidadas concausas, con indiscutida aptitud en la determinación de las responsabilidades en asuntos como el presente, siendo necesario abordar su estudio para establecer con claridad la justificación de una eventual condena o, por el contrario, su exoneración, pues en la imputación del hecho “tan sólo pueden estimarse efectos de una causa aquellos que según las reglas del sentido común y de la experiencia suelen ser su resultado normal”; es decir, no es suficiente ‘establecer la participación de distintos hechos o cosas en la producción del daño’ sino que ‘es preciso determinar la idoneidad de la culpa o del riesgo... para producir normalmente el hecho dañoso’, de tal forma que al ser ‘analizadas en abstracto las circunstancias en que se produjo un daño, se determina en concreto cuál o cuáles de ellas, según el normal devenir de las cosas, fueron causa eficiente del daño, descartando aquellas que sólo favorecieron la producción del resultado o que eliminaron un obstáculo para el mismo’ (G. J., t. CCXXII, págs. 294 y 295)”. (CSJ. Sentencia SC 092 de 2007).

5.2. Reclama el demandado que el actor incurrió en culpa al no haber acudido de manera inmediata a consulta al sentir el dolor o la incomodidad en la zona afectada, hecho del que, en abstracto, afirma el tribunal, tiene idoneidad para romper el nexo causal y, por ende, con relevancia para la absolución del convocado, especialmente porque en el concepto del experto se destacó la omisión de remitir el paciente al examen especializado es causa “indirecta” del daño final y que en la producción del mismo participaron “la demora en acudir y solicitar atención médica por parte del lesionado, y el hecho que todo trauma penetrante en globo ocular con presencia de cuerpo extraño tienen per se un pobre pronóstico visual”⁶.

⁵ Moreno Martínez, Juan Antonio. Perfiles de la Responsabilidad Civil en el Nuevo Milenio. Dykinson 2000, página 40 y 41.

⁶ Fl. 320.

En el expediente existe prueba que, en efecto, el demandante confesó que cuando acudió por segunda vez a consulta médica llevaba diez horas padeciendo dolor, conducta imputable al paciente, que si bien no es el motivo total de la generación del daño, si tiene influencia en la determinación de la responsabilidad del tratante, por cuanto una lesión de esta estirpe requiere de inmediato reconocimiento –auscultación-, para obtener resultados óptimos en la mejoría del paciente; circunstancia que obliga el escrutinio del comportamiento de las partes involucradas en el litigio, para determinar la participación de cada uno de ellos en su causación y en las consecuencias perniciosas que produjo, tema en el que “el juzgador debe establecer mediante un cuidadoso estudio de las pruebas la incidencia del comportamiento desplegado por cada litigante alrededor de los hechos que constituyan causa de la reclamación pecuniaria, en particular cuando ésta proviene del ejercicio de una actividad calificada como peligrosa y, al tiempo, se aduzca culpa de la víctima, para ver cuál se excluye o si ambas concurren en la realización de aquél; es decir, en la ejecución de esa tarea evaluativa no se puede inadvertir ‘que para que se configure la culpa de la víctima, como hecho exonerativo de responsabilidad civil, debe aparecer de manera clara su influencia en la ocurrencia del daño, tanto como para que, no obstante la naturaleza y entidad de la actividad peligrosa, ésta deba considerarse irrelevante o apenas concurrente dentro del conjunto de sucesos que constituyen la cadena causal antecedente del resultado dañoso’. Lo anterior es así por cuanto, en tratándose ‘de la concurrencia de causas que se produce cuando en el origen del perjuicio confluyen el hecho ilícito del ofensor y el obrar reprochable de la víctima, deviene fundamental establecer con exactitud la injerencia de este segundo factor en la producción del daño, habida cuenta que una investigación de esta índole viene impuesta por dos principios elementales de lógica jurídica que dominan esta materia, a saber: que cada quien debe soportar el daño en la medida en que ha contribuido a provocarlo, y que nadie debe cargar con la responsabilidad y el perjuicio ocasionado por otro (G. J. Tomos LXI, pág. 60, LXXVII, pág. 699, y CLXXXVIII, pág. 186, Primer Semestre, ...); principios en los que se funda la llamada ‘compensación de culpas’, concebida por el legislador para disminuir, aminorar o moderar la obligación de indemnizar, en su expresión cuantitativa, hasta o en la medida en que el agraviado sea el propio artífice de su mal, compensación cuyo efecto no es otro distinto que el de ‘repartir’ el daño, para reducir el importe de la indemnización debida al demandante, ello, desde luego, sobre el supuesto de que las culpas a ser ‘compensadas’ tengan virtualidad jurídica semejante y, por ende, sean equiparables entre sí’ (sentencia 102 de 25 de noviembre de 1999, exp. 5173)”.

En desarrollo del cometido expuesto, confrontadas las causas a las que se ha hecho mención: i) la omisión imputable al galeno por no haber enviado el paciente al especialista y ii) la demora del lesionado en informar la aparición de nuevos síntomas, supuestos ambos que concurrieron en la generación del daño, advierte el Tribunal que no se puede afirmar que la conducta del actor tuviera el alcance de tornar en irrelevante la omisión del médico, por lo que no hay lugar a la exoneración de su responsabilidad, en tanto que, en las aristas del caso, no hubo culpa exclusiva de la víctima y, por ello, su comportamiento no tiene la virtualidad de romper la relación de causalidad, pues lo que ocurre es que obra una simple concurrencia de culpas; de donde surge la necesidad de valorar el grado de participación de cada hecho, siendo “preciso “establecer con exactitud la injerencia de este segundo factor en la producción del menoscabo habida cuenta que una investigación de esta índole viene impuesta por dos principios elementales de lógica jurídica que dominan esta materia, a saber: Que cada quien debe soportar el daño en la medida en que ha contribuido a provocarlo, y que nadie debe cargar con la responsabilidad y el perjuicio ocasionado por otro. Por eso, en la estimación que a los juzgadores de instancia les corresponde hacer de la forma como el hecho de la parte lesionada puede afectar el ejercicio de una acción civil de reparación, nunca deben perder de vista que existe allí involucrado un problema de causalidad y que, por consiguiente, su tarea empieza por discernir -atendiendo naturalmente a las circunstancias específicas de cada caso y en ejercicio de un amplio poder de razonable apreciación fáctica que la jurisprudencia de casación les ha reconocido reiteradamente” (v. G.J. tomos LXI, pág. 60, LXXVII, pág. 699 y CLXXXVIII, pág 186, entre otras).

En virtud de lo anterior, hay lugar a la reducción de la responsabilidad, para lo que estima el Tribunal que, en el caso concreto no es posible, si quiera, sentar equivalencia en el riesgo que se deriva del desconocimiento por parte del galeno de las reglas de la ciencia que profesa con la demora imputable a la víctima, por cuanto si se hubiera enviado de manera oportuna a consulta con el oftalmólogo, no había lugar a predicar ningún tipo de retardo en el paciente, razón por la que solo se imputará a este un “segmento de causalidad” del 20% y un 80% en el demandado, valoración que esta Sala juzga como razonable, para “hacerle soportar las secuelas del daño en la medida y proporción en que su conducta se identifique como causa de dicho resultado dañoso, lo que equivale a afirmar, en tesis general por supuesto, que la distribución del daño entre ofensor y ofendido procede hacerla de acuerdo con el criterio de la influencia causal de las respectivas actividades, vale decir observando a manera de factor preponderante el grado de causalidad imputable al obrar de cada uno frente a aquel acontecimiento.” (G.J. No. 2443, págs. 64 y s.s.) »

SOLIDARIDAD. Incidencia de la transacción celebrada con uno de los llamados a responder frente a los demás responsables solidarios que fueron excluidos del efecto extintivo de la obligación se limita a impedir un enriquecimiento injustificado pero no priva a la víctima del derecho a recibir una indemnización plena.

«...en el presente caso el actor demandó a la sociedad Saludcoop y al galeno tratante, en ejercicio de la solidaridad que prevé el artículo 2344 del C.C., de acuerdo con el cual “Si un delito o culpa ha sido cometido por dos o más personas, cada una de ellas será solidariamente responsable de todo perjuicio procedente del mismo delito o culpa...”, figura cuya indiscutida teleología se dirige a la protección de la víctima, en tanto que de establecerse la responsabilidad proclamada, los demandados quedan obligados a satisfacer en su totalidad la indemnización de perjuicios que por su culpa han causado, formándose una conjunción de

patrimonios como garantía de la satisfacción de la reparación que se ordene, la cual es “el producto de una imposición legal, establecida en interés del acreedor damnificado, en cuya operancia aquello que en realidad juega papel preponderante, no es el proceso mismo generador del daño, sino su resultado (G.J. t. CLII, p. 123) y la necesidad jurídica de tutelar el derecho a la correspondiente indemnización...” (Sentencia de 15 de abril de 1997).

El citado beneficio permite que la víctima demande la indemnización de uno solo, de varios o de todos los responsables; sin embargo esas relaciones que surgen de la existencia de varios sujetos vinculados al pago son independientes, lo que, mercedamente permite, por vía de principio, que no haya lugar a la comunicación de las causas de extinción o modificación del crédito asumido; “salvo, claro está, en lo que sea para evitar que haya un doble o múltiple pago de la indemnización”; permisión que se justifica “por tener la víctima el derecho de reclamar la indemnización total de cada uno de los obligados solidarios, o de todos a la vez cuando ello sea posible...”⁷.

En el caso concreto, el demandante transigió sus pretensiones indemnizatorias con la clínica demandada, por todo concepto, pero dejó a salvo la acción contra el médico tratante, universalidad del arreglo que no libera de responsabilidad a este, pues la independencia de esas relaciones impide que el lesionado se vea privado “de poder hacer efectiva la reparación de perjuicios *in integrum* frente a otros de los sujetos que también son responsables”, a menos que lo pagado por este satisfaga la totalidad del perjuicio, pues permaneciendo un agravio insoluto subsiste el derecho del ofendido a la cabal reparación, en la medida que “mientras a la víctima no se le haya reparado íntegramente el daño que le ha sido irrogado, puede reclamar de cada obligado solidario la indemnización plena; obvio que lo que cada uno efectivamente paga por razón de la condena que se les imponga puede y debe ser deducido de una condena mayor que eventualmente pudiera llegar a darse, con el fin de evitar que el damnificado reciba un doble pago por el mismo concepto y, por ende, impedir que la indemnización se torne en fuente de enriquecimiento indebido”⁸.»

PERDIDA DE LA CAPACIDAD LABORAL. Es parcial cuando se pierde la función de un solo órgano bilateral, por cuanto si bien se debilita, la función no se pierde en su totalidad.

«...respecto de la lesión padecida por el actor, consistente en el menoscabo total de la visión del ojo derecho, útil resulta precisar que ello no significa la pérdida toda de su capacidad laboral, pues en materia del establecimiento del daño y su eventual reparación, la expresión órgano debe ser entendida en sentido fisiológico y funcional, de tal suerte que a pesar de la lesión en el aspecto anatómico es posible que no haya alteración funcional, punto que debe apreciarse en la determinación de la indemnización, tema explicado el Consejo de Estado, al expresar que “no es lo mismo perder la totalidad de una función que el debilitamiento o fraccionamiento de la misma, de tal forma que no se puede negar la diferencia entre quien carece de la visión por ambos ojos o es ciego con obvia incapacidad laboral permanente total, y quien sólo perdió la visión por uno de sus ojos (tuerto) (Sic), pues en este último caso la función visual aún se conserva y le permite desempeñarse en distintas actividades, a menos que, dadas circunstancias especialísimas de su profesión, indispensablemente requiriera para laborar de sus dos ojos”⁹.

En consecuencia, ante la pérdida de la visión por un solo ojo, la indemnización se reduce en la medida que hay afectación parcial del órgano de la visión, para cuya determinación, siguiendo lo sugerido por el “profesor de medicina legal Guillermo Uribe Cualla, quien sobre un supuesto de hecho similar al presente hace, en lo pertinente, las siguientes observaciones en su obra de Medicina Legal, Toxicología y Siquiatría Forense”, según el cual, “cuando un individuo tan solo ha perdido un ojo, la función visual no ha desaparecido sino que tan solo ha disminuido, o debilitado, ha perdido la visión binocular y entonces aquello se considera como simple incapacidad parcialmente permanente, y se conceptúa que la pérdida de un ojo produce más o menos un 33 por 100 de la reducción en la capacidad de trabajo. Así que tanto en las cuestiones de orden penal como civil debe tenerse más en cuenta el criterio del estado definitivo de la función que no el estrictamente anatómico, sobre todo cuando se trata de órganos complejos que son bilaterales”. (Subrayado fuera del texto, sentencia precitada).

8.1. En el caso concreto no se determinó, de manera expresa, el dato porcentual que significa la pérdida de la capacidad laboral producto de la lesión en el ojo derecho del actor, sin embargo esa omisión no impide su cálculo dentro del proceso, para lo que basta aplicar el reconocimiento que ha hecho la jurisprudencia sobre situaciones idénticas a la que ahora se juzga –pérdida funcional de un ojo, con enucleación del mismo-, lo que trae “disminución de la visión binocular y estereoscopia, al demandante le corresponde una disminución en su capacidad laboral de un treinta por ciento (30%), porcentaje sobre el cual, en concreto, se liquidará el monto de los perjuicios materiales” (Sentencia en cita).

Así las cosas, al existir en el paciente incapacidad laboral parcial equivalente a un 30%, de aplicar la tabla establecida en el decreto 2644 de 1994, la indemnización responde a 14.5 meses, que liquidados por el 20% en que se ha calificado el segmento de responsabilidad predicable del demandante, da como resultado 11.6 meses, esto es, \$5.974.000., cubiertos por la indemnización

⁷ CSJ. Sentencia S 075 del 10 de septiembre de 1998.

⁸ Ib idem.

⁹ C. de E. Sentencia del 14 de diciembre de 1993, Expediente No. 8423.

pagada por la otra demandada, de donde surge como epílogo que no hay lugar a imponer condena por este rubro.»

DAÑO MORAL

«8.2. Descartado este ítem indemnizatorio, procede la Sala a analizar el tema de los perjuicios morales, puntualizándose de entrada que no ofrece discusión alguna que las lesiones que afectan la integridad física personal también perturban su estado anímico, en el caso concreto, la enucleación del ojo provoca aflicción, tristeza, abatimiento ante el lamentable cambio en la fisonomía del rostro, hecho notorio que en el sentir de la Sala acreditan la ocurrencia del daño moral, razón por la cual se procede a su determinación en aplicación del arbitrio judicial, en tanto que su cuantificación exacta es imposible de medir, dificultad que ha llevado a afirmar que “la indemnización del daño moral, más que ostentar un carácter resarcitorio propiamente dicho, cumple una función “satisfactoria”, como quiera que, dada su naturaleza, aquél no puede ser íntegramente reparado, lo que no obsta, empero, para que la víctima reciba una compensación suficiente a fin de procurarle una satisfacción que guardando alguna proporción con su aflicción, la haga más llevadera, (CSJ. Sentencia del cinco (5) de mayo de 1999. Expediente 4978).

El daño al espíritu que se ha destacado en el párrafo anterior, ante el hecho cierto de la imposibilidad de una reparación absoluta en tanto que su valoración no es dable practicarse en forma objetiva, excluye la intervención de peritos para su cuantificación, debiéndose acudir, en su defecto, al arbitrio judicial, de acuerdo con el específico caso, como de manera invariable lo ha sostenido la jurisprudencia; ítem que el Tribunal estima debe ser tasado en la cantidad de cuarenta millones de pesos, en consideración de los hechos, los traumatismos sufridos por el actor, la desfiguración facial, resultado de la mala praxis, lo cual, sin duda, conturba su ánimo, descontado el porcentaje derivado de la culpa parcial de la víctima. »

CONTRATO DE SEGURO. NO EXCLUSÓ DEL RIESGO EL DAÑO MORAL

LLAMAMIENTO EN GARANTÍA DEL ASEGURADO AL ASEGURADOR.

EXCLUSIÓN DE RIESGO. CLÁUSULA AMBIGUA SE INTERPRETA A FAVOR DEL ASEGURADO.

PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DERIVADA DEL CONTRATO DE SEGURO.

FUENTE NORMATIVA : LEY 389 DE 1997, ARTÍCULO 184

- : ARTÍCULO 1614 DEL C.C.**
- : ARTÍCULO 1622 DEL C.C.**
- : ARTÍCULO 1624 DEL C.C.**
- : ARTÍCULO 2344 DEL C.C.**
- : ARTÍCULO 822 DEL C.CO.**
- : ARTÍCULO 1047 DEL C.CO.**
- : ARTÍCULO 1048 DEL C.CO.**
- : ARTÍCULO 1050 DEL C.CO.**
- : ARTÍCULO 1054 DEL C.CO.**
- : ARTÍCULO 1056 DEL C.CO.**
- : ARTÍCULO 1074 DEL C.CO.**
- : ARTÍCULO 1079 DEL C.CO.**
- : ARTÍCULO 1127 DEL C.CO.**
- : ARTÍCULO 1131 DEL C.CO.**

FECHA	: 2011-01-26
PROCESO	: ORDINARIO
PONENTE	: Dr. LUIS ROBERTO SUÁREZ GONZÁLEZ
DEMANDANTE	: JAIRO PIÑEROS CORREA
DEMANDADO	: SALUDCOOP y GERMÁN ERNESTO RIAÑO VÉLEZ
RADICACIÓN	: 11001310303220040013303

1.1.2

EFFECTOS DE LA PRESENTACIÓN DE DEMANDA EJECUTIVA RECHAZADA EN PROCESO PREEXISTENTE SOBRE LA EXTINCIÓN DEL PLAZO Y LA EXIGIBILIDAD DE LA OBLIGACIÓN CAMBIARIA.

«2. De entrada es importante señalar que el actor no impugnó la decisión que reconoció la ocurrencia de la prescripción a favor de la señora PEREZ CAMBERROS, por comunicación de los efectos declarados a favor del otro deudor solidario, decisión que, entonces, está en firme. Así mismo se destaca que el problema jurídico que se plantea en el asunto bajo estudio, recae sobre los efectos que genera una demanda judicial que no obtuvo el libramiento del respectivo mandamiento de pago, por haber sido rechazada ante la falta de subsanación oportuna, sobre la denominada cláusula aceleratoria y su relación con el fenómeno de la prescripción, valoración que se realizará con fundamento en las normas adjetivas que regulan los efectos de la presentación de la demanda y por el artículo 19 de la ley 546 de 1999, que disciplina, de manera específica, la extinción del plazo en los créditos para adquisición de vivienda, tipología que no se discute informa a la obligación cobrada en este contradictorio.

3. La cláusula aceleratoria es un convenio accesorio que faculta al acreedor para declarar vencida de manera anticipada la totalidad de la obligación, extinguiéndose el plazo convenido y haciéndose exigibles, ante la ocurrencia de un hecho previsto en la ley o alguno de los motivos convenidos entre las partes, como lo es en el presente caso el incumplimiento del deudor, las cuotas o instalamentos pendientes.

En Colombia, de manera general, se pueden pactar las cláusulas aceleratorias con fundamento en el artículo 69 de la ley 45 de 1990, Estatuto de la Reforma Financiera, que al regular la materia de los intereses afirma la posibilidad de estipular y hacer efectivo el pacto de extinción anticipada del plazo, expresando que cuando en las obligaciones mercantiles se consagre el pago mediante cuotas periódicas, la mora del deudor en una de ellas no dará derecho al acreedor a exigir la devolución total del crédito, salvo que exista pacto en contrario; plazo que así mismo se puede restituir, siempre “que los intereses de mora los cobre únicamente sobre las cuotas periódicas vencidas, aun cuando comprendan sólo intereses”¹⁰.

Aparte de las normas citadas y que dan base legal al pacto de la aceleración, los artículos 1.553 y 1.554 del Código Civil, prevén la caducidad del plazo para cuando el deudor entra en notoria insolvencia o en proceso concursal o ha disminuido el valor de las cauciones prestadas, por hechos que le sean imputables.

En el ámbito procesal, para el ejecutivo hipotecario se anuncia en el artículo 554 que cuando “el pago de la obligación a cargo del deudor se hubiere pactado en diversos instalamentos, en la demanda podrá pedirse el valor de todos ellos, en cuyo caso se harán exigibles los no vencidos”, auténtico caso de extinción del plazo de carácter legal.

4. Respecto de la eficacia del pacto en comento para los títulos valores de contenido crediticio, en el pasado no existió unanimidad sobre su validez, obrando sobre el punto dos corrientes doctrinarias: una en pro y otra en contra¹¹; aclarándose que desde el punto de vista legislativo, hay normatividades que prohíben el pacto de intereses y la posibilidad de la aceleración porque ello produce indeterminación y su eventual convenio se sanciona con la inexistencia, pues la cláusula se tendrá por no puesta; hay otras que expresamente las aceptan y también hay aquellas que guardan silencio sobre el tópico, como la nuestra.

No obstante el silencio que la normatividad de los títulos valores asume sobre la eficacia del pacto de extinción anticipada del plazo, no puede perderse de vista que en el derecho colombiano se reguló la aceleración del plazo de carácter legal prevista en el ordinal tercero del artículo 780 del C. de Co., que

¹⁰ Ley 45 de 1990, artículo 69.

¹¹ El T.S de MEDELLIN, providencia 24 de septiembre de 1986, negó la eficacia de la aceleración, explicando que ellas introducen doble vencimiento, condicionalidad e incertidumbre sobre el derecho cambiario; igualmente se indetermina la data a partir de la cual comienza a contarse el término de prescripción, perdiendo la promesa o la orden de pago la calidad de ser pura y simple, condición que obliga la sanción de ineficacia de la cláusula.

provoca la extinción forzosa para cuando el girado o el aceptante entran a proceso concursal, como también los casos de notoria insolvencia del deudor, a más de la prevista para el ejercicio de la acción real.

Esta cogente extinción prematura del término previsto para el cumplimiento de la obligación, lleva a concluir que la cláusula convencional de retrotramiento del plazo también es válida, en la medida que este es un tema en el que no existe compromiso del orden público, es de libre disposición para las partes y además no está en contradicción con el artículo 626 del código mercantil que autoriza la inclusión de salvedades que sean compatibles con la esencia de los cartulares, a lo que se adiciona que con su incorporación al documento se respeta el principio de la literalidad, de acuerdo con el cual, los derechos y obligaciones se miden por su tenor, por lo escrito, quedando atadas las partes a su expresión textual, esto es a la posibilidad de la extinción del plazo inicialmente convenido, fenómeno que al operar hace nacer el término de decadencia de la acción.

Reforzando lo anterior, debe recordarse que la Ley 546 de 1999 abordó el tema de las cláusulas aceleratorias para los créditos de vivienda, normatividad aplicable al crédito objeto de cobro, que en el artículo 19 dispuso que estas obligaciones no podrán contener cláusulas aceleratorias que consideren de plazo vencido la totalidad de la obligación, (excluyendo la posibilidad del pacto de las apellidadas automáticas) pero autorizó la aceleración del saldo insoluto mediante el instrumento de la presentación de la demanda ejecutiva.

En este orden, como en el artículo 673 se prevé la forma de vencimiento en días ciertos y sucesivos, modalidad que permite que la obligación se pague por cuotas, a cuyo agotamiento comienza a correr el término prescriptivo para cada instalamento; así mismo se ha precisado que las partes pueden convenir modalidades para extinguir el plazo inicialmente acordado por los que se retrotrae el lapso total, ante el acaecimiento de alguna de las causales que al efecto igualmente se acuerden, retrotramiento que al hacerse efectivo marca el hito a partir del cual corre la prescripción, pues por sabido se tiene que la decadencia de la acción surge a partir del momento en que esta se puede ejercitar.

5. Plantea el ejecutado que como el acreedor inició un proceso de ejecución en el año 2002, desde esa fecha se extinguió el plazo de la obligación y, por tanto, comenzó a correr el lapso prescriptivo, alegato que se sustenta en el artículo 19 del estatuto de vivienda que expresa que “En los préstamos de vivienda a largo plazo de que trata la presente ley no se presumen los intereses de mora. Sin embargo, cuando se pacten, se entenderá que no podrán exceder una y media veces el interés remuneratorio pactado y solamente podrán cobrarse sobre las cuotas vencidas. En consecuencia, los créditos de vivienda no podrán contener cláusulas aceleratorias que consideren de plazo vencido la totalidad de la obligación hasta tanto no se presente la correspondiente demanda judicial”.

Sobre la norma en comento habrá de puntualizarse que esta forma parte de un estatuto que se dictó con el intencional propósito de proteger, de manera especial, al deudor de los créditos para adquisición de vivienda, cometido en el que existe un compromiso constitucional y, por ello, su intelección debe realizarse teniendo como norte este específico y tuitivo afán, razón por la cual debe recordarse que esta disposición no solo estableció la tasa máxima de los intereses moratorios sino que también aclaró que estos réditos solo pueden cobrarse sobre las cuotas vencidas, sin que sea posible que el acreedor aspire a exigir los punitivos sobre todo el capital, del cual todavía se predica la existencia del plazo a pesar de la mora; principal que, entonces, solo se hace exigible con la presentación de la demanda judicial, momento en el que se produce la extinción del plazo.

Así las cosas, si se considerara que la simple presentación de la demanda, sin necesidad de que se hubiera integrado el contradictorio, produce de manera definitiva la extinción del plazo, traería nocivas consecuencias que atentan contra la preventiva filosofía que inspiró al legislador, quien, no solo por la consideración de que este debe proferir normas que protejan a la parte más débil de la relación crediticia, sino, de manera especial, en acatamiento del expreso y categórico mandato contenido en las sentencias de inexequibilidad del sistema, que le impusieron la obligación de expedir un estatuto para regular las formas adecuadas de financiación para los créditos de vivienda, le adosó a la presentación de la demanda útil, el poder de extinguir el plazo, desterrando, de paso, la existencia de cláusulas aceleratorias que sin necesidad de proceso habilitaran al acreedor para cobrar réditos moratorios sobre el total del principal, ese efecto de beneficio se perdería, pues no puede perderse de vista que esa frustrada presentación serviría para que el acreedor se aprovechara, injustamente, de ella, por cuanto a este le bastaría iniciar un proceso de cobro, retirar la demanda y posteriormente, ante la subsistencia de la mora proponer otra acción ejecutiva, aspirando a favorecerse con el cobro de los réditos moratorios liquidados desde aquella fecha y no desde la última, cuando de manera definitiva pretende cobrar la obligación insoluta.

En este orden, no debe dejarse en el olvido, que el contrato de mutuo puede servir como base del cobro coactivo, cuando las partes no quisieron documentar el crédito en un título valor, circunstancia en la que se podría, de aceptar la teoría que expone el recurrente, presentar una demanda de

ejecución llena de informalidades, para después retirarla u obtener el rechazo ante la ausencia de subsanación de los defectos, y como la acción contractual prescribe en diez años, si se rige por la ley anterior a la expedición de la ley 791 de 1993, volverla a presentar varios años después, para beneficiarse de la posibilidad de cobro de intereses moratorios sobre toda la obligación, en franca trasgresión del pensamiento protector ya expuesto, razón que obliga a concluir que no es posible adoptar la interpretación que sugiere el ejecutado, aceptada por el primitivo magistrado a quien por reparto le correspondió este asunto.

Con la misma orientación, en los asuntos en que la suma mutuada se incorporó en un título valor, como en el caso en concreto, si la demanda presentada en el año 2002 hubiera surtido los efectos extintivos del plazo en esa época y la actual se presentara antes de que transcurriera el trienal lapso prescriptivo, sería insostenible el cobro de intereses de mora desde aquella oportunidad, imponiéndose una respuesta negativa por cuanto la norma prohíbe que se cobren intereses de mora sobre todo el capital, lo cual solo será posible, en sentido contrario, ante la operancia de la cláusula aceleratoria, que se actualiza con la presentación de la demanda, con plena integración del contradictorio.

6. Pero si se enfoca el tema desde la perspectiva procesal, ha de tenerse en cuenta que la ley adjetiva, no otorga, de manera expresa, ningún efecto a la demanda que fue presentada pero rechazada o retirada, por lo que nunca obtuvo mandamiento de pago en el que se reconociera la legalidad del cobro de intereses sobre el capital acelerado, omisión que conduce a la conclusión de la inexistencia de consecuencias nocivas de cara a ese acto procesal fallido o frustrado, pues el mismo no superó la esfera del acreedor y, por ende, no afectó, ni en sentido positivo ni negativo, su relación sustancial con el deudor.

En este punto, se debe recordar que el derecho de acceso a la administración de justicia, de carácter Superior, no implica un poder absoluto que habilite su indebida utilización, “sin limitaciones ni restricciones procesales, incluso alegando libremente la propia culpa o negligencia”¹², pues ello “atentaría contra los mismos derechos que dentro de él se pretenden proteger, y llevaría al efecto contrario: a la inmovilización del aparato encargado de administrar justicia,¹³ o al menos a la afectación significativa de su debido funcionamiento, lo que revertiría a la postre en un perjuicio al interés general”, razón por la cual el ejercicio de esa facultad impone el cumplimiento de unas cargas procesales que “son aquellas situaciones instituidas por la ley que comportan o demandan una conducta de realización facultativa, normalmente establecida en interés del propio sujeto y cuya omisión trae aparejadas para él consecuencias desfavorables, como la preclusión de una oportunidad o un derecho procesal e inclusive hasta la pérdida del derecho sustancial debatido en el proceso”¹⁴.

La presentación de la demanda, desde esta perspectiva es una carga procesal, y su incumplimiento puede aparejar unos efectos adjetivos y sustanciales adversos, como la ocurrencia de una prescripción, una caducidad, etc., derivadas de la ausencia de planteamiento oportuno del conflicto. A lo anterior, debe agregarse que a esa presentación en tiempo, la ley le reconoce, *expressis verbis*, otras consecuencias sustanciales, referidas a la interrupción del término de prescripción, la imposibilidad de que se presente la caducidad y la constitución en mora al deudor, pero para ello exige, el acatamiento de otra carga, consistente en que el auto admisorio o el “de mandamiento ejecutivo, en su caso, se notifique al demandado dentro del término de un (1) año contado a partir del día siguiente a la notificación al demandante de tales providencias, por estado o personalmente. Pasado este término, los mencionados efectos solo se producirán con la notificación al demandado”.

Así mismo, en el artículo 91 se regularon las situaciones en las que no se generan los resultados sustanciales descritos, esto es, que no hay interrupción de la “prescripción y operará la caducidad”, que ocurren cuando el demandante desiste de la demanda, cuando triunfe la excepción previa de inepta demanda o hay absolución del demandado y además ante la declaratoria de “nulidad del proceso (que) comprenda la notificación del auto admisorio de la demanda”.

De analizar en conjunto las normas citadas aflora que los efectos que la ley contempló sobre la relación sustancial, referidos a la interrupción de la prescripción, el impedimento de la caducidad y la constitución en mora, emanados de la presentación de la demanda, en sentido positivo, obedecen a una actuación concreta, la notificación oportuna del auto admisorio o del mandamiento de pago, y en su defecto, con el enteramiento posterior, pero siempre bajo la égida del establecimiento de la relación jurídico procesal, es decir, la integración del contradictorio. En sentido negativo, se reconoce que no hay lugar a esas consecuencias especiales, cuando se presentan las situaciones del artículo 91, pero para ello el legislador también partió del hecho de la integración del contradictorio, supuesto este, que de no concurrir, también se erige como impeditivo del retiro de la demanda.

¹² Corte Constitucional. Sentencia C-1512 de 2000. M.P. Álvaro Tafur Galvis.

¹³ Corte Constitucional. Sentencia C-1104 de 2001. M.P. Clara Inés Vargas.

¹⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-1512 de 2000. M.P. Álvaro Tafur Galvis.

Del cuadro que se ha descrito y, especialmente, de sus consecuencias, afirma el Tribunal que todas están previstas en la ley y que de ninguna de ellas, el legislador obliga a su titular las cumpla, en la medida que la sola abstención es suficiente para que el efecto benéfico no se actualice.

7. Siendo la presentación de la demanda, como lo es, una carga a cuyo acatamiento o desconocimiento la ley le adosa unas precisas consecuencias en derecho, el interrogante que surge con aquel conato de actuación, -referido a la presentación del libelo de introducción que es rechazado por el juzgador o retirado por el actor-, respecto de los derechos sustanciales de las partes del negocio que se pretendía hacer valer por medio de aquel instrumento, no puede ser diferente a que esa inútil gestión, solo podría conducir a la prescripción del derecho, la caducidad de la acción o la preclusión para el ejercicio de los mecanismos que otorga la ley en un caso concreto, pero no puede dar por extinguido el plazo sustancial vigente entre las partes, pues cuando el artículo 19 evocado introduce ese efecto, se está refiriendo a la demanda válida, esto es, dentro de un procedimiento en el que se le pone en conocimiento formal del deudor que el lapso de gracia para el pago de su débito se extinguió y respecto de la cual, este pueda ejercer su derecho de contradicción, pues mientras ello no ocurra la demanda así presentada, rechazada o retirada, simplemente se tendrá como si nunca hubiere existido, no siendo posible hacerle derivar a este ineficaz acto procesal, efectos diferentes a los acabados de exponer.

En este sentido, como la ley no le adosó ningún tipo de sanción a ese frustrado comportamiento, “cesan todos los efectos que inicialmente generó la demanda, sin perjuicio de que se pueda volver a formular la misma”¹⁵ es de rigor considerar que el efecto que reclama el ejecutado no puede aceptarse, en tanto que ese acto fallido no está llamado a surtir ninguna consecuencia, intrascendencia que así mismo se refleja en que la procedencia del retiro o rechazo de la demanda, no requiere de la participación del demandado.

Por lo expuesto, esto es, porque no hay norma que señale el efecto de extinción definitiva del plazo pactado, de cara a la frustrada presentación de la demanda ejecutiva, secuela que solo se reconoce, de manera exclusiva y expresa, de la demanda útil, esto es, de la que formalmente puso en conocimiento de los deudores la extinción del plazo, quienes pueden controvertir su procedencia, se confirmará la decisión impugnada, no sin antes agregar que la intelección propuesta por el inconforme, a la postre, va en contra de la especial protección que exige la ley a favor de este grupo de deudores.»

FUENTE NORMATIVA :	LEY 45 DE 1990, ARTÍCULO 69
	: LEY 546 DE 1999, ARTÍCULO 19
	: ARTÍCULO 1553 DEL C.C.
	: ARTÍCULO 1554 DEL C.C.
	: ARTÍCULO 626 DEL C. CO.
	: ARTÍCULO 673 DEL C. CO.
	: ARTÍCULO 780 DEL C. CO.
	: ARTÍCULO 90 DEL C.P.C.
	: ARTÍCULO 91 DEL C.P.C.
	: ARTÍCULO 554 DEL C.P.C.
FECHA	: 2011-03-09
PROCESO	: EJECUTIVO CON TÍTULO HIPOTECARIO
PONENTE	: Dr. LUIS ROBERTO SUÁREZ GONZÁLEZ
DEMANDANTE	: CENTRAL DE INVERSIONES.
DEMANDADO	: GLODVER DIAZ LANCHEROS y MAYERLY JANETH PEREZ GAMBERROS.
RADICACIÓN	: 11001310302520060049503

1.1.3

ARANCEL JUDICIAL. Naturaleza jurídica. Irretroactividad de la ley 1394 de 2010.

«1. De acuerdo con el artículo 1 de la ley 1394 de 2010 la naturaleza jurídica del arancel judicial creado en tal disposición normativa, corresponde a la de una contribución parafiscal¹⁶ destinada a sufragar gastos de funcionamiento e inversión de la Administración de Justicia, la que tiene como sujeto pasivo del pago de esta carga, al demandante inicial¹⁷, y se causa en todos los procesos

¹⁵ López Blanco Hernán Fabio, Procedimiento Civil, tomo I, página 493.
¹⁶ Son contribuciones parafiscales los gravámenes establecidos con carácter obligatorio por la ley, que afectan a un determinado y único grupo social y económico y se utilizan para beneficio del propio sector.
¹⁷ Artículo 5º de la ley 1394 de 2010.

ejecutivos civiles cuando el monto de las pretensiones se haya estimado en cifra igual o superior a doscientos SMLMV, como lo contempla el artículo 3 de la precitada ley.

2. La gratuidad de la justicia civil no tiene el carácter de principio en la Constitución Política, y su regulación se encuentra en el orden legal¹⁸, escenario en el que, sin discusión, se acepta su valor preponderante, necesario para el reconocimiento de los derechos de los particulares y, en especial, para la materialización del derecho al acceso a la Administración de Justicia, pero del que, así mismo, se reconoce que no es absoluto, en tanto que el ciudadano “debe asumir los gastos que originó el funcionamiento o la puesta en marcha del aparato judicial”. Por el contrario, si bien toda persona tiene el derecho de acceder sin costo alguno ante la administración de justicia, ... no sucede lo mismo con los gastos necesarios para obtener la declaración de un derecho. Se trata, pues, de restituir los desembolsos realizados por quienes resultaron favorecidos en un debate procesal”¹⁹.

Con la reforma que la ley 1385 de 2009 introdujo al artículo 6 de la ley 270 de Administración de Justicia, LEAJ, se abrió paso a la imposición del arancel judicial, cometido que se materializó con la expedición de la ley 1394 de 2010, norma que establece la obligación legal para los funcionarios judiciales de velar por su efectivo pago a favor del Consejo Superior de la Judicatura²⁰.

3. En el caso bajo estudio, el juzgado de conocimiento impuso el pago de la contribución parafiscal, con el argumento de la implementación inmediata de la ley procesal, aplicando, además, la tarifa del 2% sobre la base gravable, “por cuanto la terminación por pago total de la obligación no constituye una terminación anticipada del proceso”, decisión cuestionada por el recurrente, con el argumento de que la ley procesal no es retroactiva y que, en gracia de discusión, si fuera aplicable la nueva ley al caso bajo estudio, la tarifa para la cuantificación sería del 1%, por cuanto, entre las partes existió una transacción que puso fin al proceso.

4. Sobre el primer problema que plantea el recurrente, es importante destacar que la irretroactividad de la ley, es una garantía constitucional, lo cual, en línea de principio, implica que esta no debe desplegar efectos a situaciones pasadas, máxima vigente en todos los tiempos y que ofrece como fundamento la confianza y seguridad que la comunidad a la que se aplica tiene sobre la ley vigente, y bajo la consideración de que es necesario “dar estabilidad al ordenamiento jurídico. Porque sin el mencionado principio se presentan confusiones sobre la oportunidad de regulación, de suerte que en muchas ocasiones con una conveniencia presente se regulaba una situación pasada, que resultaba exorbitante al sentido de la justicia, por falta de adecuación entre el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica”²¹.

En la sentencia precitada se hizo énfasis en que “La irretroactividad es dentro de la técnica jurídica, un principio de aplicación más que de interpretación previa”, aplicable tanto a las relaciones de derecho privado como al derecho público, pues ella “Sirve al individuo pero también a la colectividad, acaso en mayor grado, porque tiende a dar firmeza al ordenamiento jurídico, que es de carácter social”. Así mismo, según su fuente la irretroactividad puede ser constitucional o legal, en la primera la imposibilidad de retroacción es permanente “-dura lo que dura la ley fundamental- en tanto que en la irretroactividad legislativa, las condiciones son variables y quedan sometidas al libre criterio del legislador”.

En igual orden, se destaca que la irretroactividad no tiene un carácter absoluto, como no lo pueden ser la instituciones y conceptos jurídicos, mutables con el normal desarrollo de la sociedad a la que le sirve, orientación reconocida por la jurisprudencia al puntualizar que “el universo jurídico no admite posiciones de tal carácter, por ser una coordinación de posibilidades racionales ...” “La racionalidad exige, pues, antes que formas únicas e inflexibles, una sana adecuación de la forma jurídica al contenido material que se ha de ordenar.

Es por ello que el principio de irretroactividad no riñe con la necesidad de mutaciones normativas, que impiden la petrificación de un orden jurídico que ha de ser dinámico, y que en materia tributaria debe amoldarse a las exigencias de la equidad tributaria, en el sentido de ajustar a las condiciones y circunstancias actuales tanto el valor de las deudas, como otros factores determinables por la realidad fiscal del momento, sin que esto implique el desconocimiento de situaciones jurídicas definidas de acuerdo con la ley, ni la vulneración de los derechos adquiridos” (Providencia precitada).

5. En lo particular que el caso reclama, el artículo 368 de la Carta Política sienta el principio de la irretroactividad de la ley tributaria²²; a su vez el artículo 338 destaca que “Las leyes, ordenanzas o acuerdos que regulen contribuciones en las que la base sea el resultado de hechos ocurridos durante un período determinado, no pueden aplicarse sino a partir del período que comience después de iniciar la vigencia de la respectiva ley, ordenanza o acuerdo”, disposición que, igualmente, relleva la

¹⁸ Artículo 1º del C. de P. C.

¹⁹ Corte Constitucional. Sentencia 037 de 1996.

²⁰ Artículo 9 de la ley 1394 de 2010.

²¹ Corte Constitucional. Sentencia C-549 de 1993.

²² Artículo 368: “Las leyes tributarias no se aplicarán con retroactividad”.

no retroacción de la ley impositiva, postulado que ofrece como justificación la necesidad de que este tipo de cargas estén previamente establecidas, por cuanto “la predeterminación de los mismos y de las reglas exigibles a los contribuyentes a objeto de evitar el abuso del gobernante y de permitir a quienes habrán de pagarlos la planeación de sus propios presupuestos y la proyección de sus actividades tomando en consideración la carga tributaria que les corresponderá asumir por razón de ellas. La persona debe estar preparada para cancelar el impuesto y, por tanto, sufre daño cuando la imposición de gravámenes cubre situaciones o hechos que ya están fuera de su control y previsión”. (Corte Constitucional. Sentencia C-149, abril 22 de 1993).

La doctrina, a la par, se ha pronunciado a favor de la irretroactividad de la ley tributaria, explicando que “En general a ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de alguna persona. Esta prohibición opera en materia fiscal y en todas las demás materias”. En desarrollo de este apotegma Flórez Zavala²³ destaca que “1. Las leyes impositivas sólo son aplicables a situaciones que la misma ley señala **como hecho generador del crédito fiscal, que se realicen con posterioridad a su vigencia.**

2. La ley tributaria puede gravar los efectos no producidos de un acto contrario, cuando éste se haya realizado o celebrado antes de su expedición, **si el hecho generador del crédito fiscal consiste en esos efectos.**

3. Las modificaciones que se introduzcan a los elementos esenciales de un impuesto, cuota, base, deducciones, etc., sólo son aplicables a los **hechos generadores** realizados con posterioridad a la reforma, pero no a los anteriores.

5. **Las normas procesales** para la determinación del crédito fiscal, para el ejercicio de la facultad económica coactiva o para la fase contenciosa **se debe aplicar desde luego, a los procedimientos en trámite, pero respetando las actuaciones ya realizadas.**

7. En materia tributaria no puede hablarse de derechos adquiridos frente a la actividad impositiva del Estado, sólo puede hablarse de **hechos realizados**”. (Negrillas intencionales).

El tema, del mismo modo, ha sido abordado por la Jurisprudencia Constitucional, destacando que “El orden público exige, en materia tributaria, la existencia del principio de irretroactividad. Y lo tiene que exigir, porque la noción de orden es la armonía de las partes entre sí y de éstas con el todo. Y no puede haber armonía si no existe adecuación jurídica y sentido de oportunidad de la ley en su aplicación en el tiempo. Si la eficacia de una norma es fuera de oportunidad, es inadecuada, y al serlo se torna en inconveniente; y lo que es contrario al principio de conveniencia regulativa es también contrario, por lógica coherencia, al orden público, pues éste riñe con toda falta de armonía.

El tiempo, dimensión necesaria para el entendimiento humano, determina siempre, directa o indirectamente, el sentido de la oportunidad normativa. Es evidente que la ley tributaria debe tener una eficacia temporal; de ahí que, sobre todo cuando se impone una obligación de hacer, el aspecto temporal es substancial, y entonces el acto de retrotraer abstractamente los efectos reales a situaciones de hecho, que en su momento generaron consecuencias jurídicas proporcionadas a las circunstancias de tiempo, modo y lugar, equivale a otorgar un efecto no adecuado a la verdadera causa.

Igualmente, la seguridad jurídica es requisito para la configuración del orden público. Si no hay una estabilidad en cuanto a la consecuencia jurídica, obviamente no pueden los destinatarios de la ley estar gozando del derecho a la seguridad. La incertidumbre ante la actuación del Estado impide la seguridad debida a cada uno de los asociados. Si la ley tributaria modifica situaciones jurídicas definidas por el mismo legislador, sin una finalidad de favorabilidad en cuanto a las cargas tributarias, por ejemplo, incurre, no sólo en una contradicción, sino en el desconocimiento del derecho adquirido y legítimamente constituido. La consecuencia, entonces, es que la actividad del legislador estatal deja de cumplir con una finalidad esencial a su razón de ser: la seguridad y tranquilidad de los asociados. (Corte Constitucional. Sentencia 549 de 1993).

6. En el ámbito procesal el legislador estableció una serie de normas para regular la aplicación de la ley en el tiempo, con el propósito de disipar eventuales conflictos normativos, principio que tiene en el artículo 40 de la ley 153 de 1887 su consagración expresa, disposición que es enfática en señalar que “Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deban empezar a regir. Pero los términos que hubieren empezado a correr, y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas, se regirán por la vigente al tiempo de su iniciación”.

De acuerdo con lo anterior, ninguna duda existe en torno a que la ley procesal es de aplicación inmediata, característica que trae como consecuencia que si en el trámite de un contradictorio adviene una nueva legislación, las actuaciones subsiguientes a su vigencia son cobijadas por esta, dada su condición de orden público, vigencia hacia el futuro que, de suyo y en línea de principio, excluye el reconocimiento de cualquier caso de retroactividad, en la medida que “Su aplicabilidad es, pues, inmediata. De donde se infiere que los procesos ya concluidos, para nada son tocados por la ley nueva; y que los que se inicien luego, estarán regulados íntegramente por la nueva legislación”, pensamiento que invariablemente gobierna a los procesos concluidos, pero que no se predica, con tanta intensidad, para los que están en curso cuando acaece la postrer reglamentación, pues en estos surge el dilema

²³ Citado por Cruz de Quiñones, Lucy. Aspectos tributarios de la nueva Constitución. Revista de Derecho Público N° 2, facultad de derecho, Uniandes, 1992).

entre la implementación del régimen vigente para cuando comenzó el proceso y la que se inclina por su cobertura por parte de la nueva, disyuntiva que fue resuelta por el legislador aceptando la ultractividad de la anterior sobre las etapas o segmentos no concluidos, “rindiendo con ello culto a la doctrina que distingue los actos procesales consumados de los no consumados”, por lo que de manera expresa consignó que “los términos que hubieren empezado a correr, y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas, se regirán por la vigente al tiempo de su iniciación”. Estas excepciones están significando, entonces, que la ley antigua tiene, respecto de ellas, ultractividad; de suerte tal que si una actuación, una diligencia o un término, ha empezado a tener operancia y no se han agotado cuando adviene la ley nueva, ellas y él terminarán regulados por la antigua. Salvedades que se muestran imperiosas y plenamente justificadas en aras del orden procesal²⁴.

6. Aplicando lo anterior al asunto que ocupa la atención de la Sala, de inmediato fluye como primera conclusión que la ley 1394 de 2010 rige hacia el futuro, pues en esos categóricos términos se consignó el tema en su texto, en tanto que en los artículos 14 y 15 se planteó dentro de su “**Régimen de Transición**” que el “*Arancel Judicial del que trata la presente ley se generará a partir de su vigencia*”, esto es, a partir de su promulgación, es decir, del 12 de julio de 2010 en adelante.

En consonancia con lo anterior, por aplicación de las normas en cita, a todos los procesos ejecutivos, civiles y contenciosos administrativos, en los que se haya definido la cuantía de la pretensión por un valor igual o superior a los 200 SMMLV²⁵, después del 12 de julio de 2010, se les aplica la ley 1394. El cuestionamiento surge en torno a los procesos ya iniciados para cuando entró a regir la precitada normatividad, si van a estar cobijados por ella o no, disyuntiva que debe zanjarse con observancia de la doctrina propia de la vigencia de la ley en el tiempo, sin perder de vista, eso sí, los perfiles impositivos y procesales que de la precitada ley emanan.

Para absolver el citado interrogante, es necesario determinar, a tono con la obligación objeto de causación de la carga impositiva, el supuesto que tipifica y da nacimiento al débito tributario, que como postulado *sine qua non* debe concurrir para su génesis, el cual recibe el nombre de “Hecho Generador”, “Hipótesis de Incidencia” o “Hecho Imponible”, que con independencia del nomen que se le asigne, constituye el núcleo esencial de la relación jurídica-tributaria.

Sobre el punto, dispone el artículo 3 de la ley 1394 que “el arancel judicial se genera en todos los procesos ejecutivos civiles, comerciales y contencioso administrativos cuando el monto de las pretensiones se haya estimado en una cifra igual o superior a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales y en los siguientes casos:

- a. Por el cumplimiento de lo acordado por las partes en una transacción o conciliación que termine de manera anticipada un proceso ejecutivo.
- b. Por el cumplimiento de una condena impuesta en un laudo arbitral en caso de reconocimiento o refrendación.
- c. Por el cumplimiento de obligaciones reclamadas en un proceso ejecutivo de cualquier naturaleza”.

Una primera conclusión que surge sobre esta temática, es que el supuesto que hace nacer la específica obligación tributaria, es la estimación que realice el acreedor en el libelo demandatorio sobre la pretensión de pago, la cual debe ser igual o superior a los 200 salarios mínimos mensuales vigentes para el momento de su presentación, siempre que se trate de un proceso ejecutivo de carácter civil, “comercial” o contencioso administrativo y que no esté expresamente excluido del mismo, que como “conjunto de circunstancias, hipotéticamente previstas en la norma cuya realización provoca el nacimiento de una obligación tributaria concreta”²⁶, esto es, el hecho generador.

No obstante la claridad de la solución anterior, sin embargo el legislador, a esa hipótesis adicionó la equívoca expresión “y en los siguientes casos”, que puede causar incertidumbre y perplejidad en la determinación del hecho generador, pues es dable entender que existen cuatro supuestos autónomos de hechos impositivos, consistentes en: i) el proveniente de la cuantía; ii) por el cumplimiento de transacción o conciliación que termine de manera anticipada un proceso ejecutivo; iii) Por el cumplimiento de una condena impuesta en un laudo arbitral en caso de reconocimiento o refrendación y iv) Por el cumplimiento de obligaciones reclamadas en un proceso ejecutivo de cualquier naturaleza.

En el sentir del Tribunal, el hecho generador del tributo es el contenido en el inciso 1 del artículo 3, pues allí se hizo referencia a “*todos*” los procesos ejecutivos, civiles y contencioso administrativos, esto es, con garantía real y singulares; para el recaudo de obligaciones de dar, hacer y no hacer; con independencia del título que se haya presentado como sustento de la ejecución, que puede ser contractual, unilateral, una sentencia o providencia que amerite ejecución, etc., universo de procesos coactivos, comprensivo, como tal, de la totalidad de hipótesis de ejecución, que no requiere de la inclusión de nuevas figuras o supuestos, pues la expresión “*todos*” es omnicompreensiva.

²⁴ CSJ auto del 17 de mayo de 1991.

²⁵ Ley 1394, artículo 3.

²⁶ Sainz de Bujanda Fernando. Madrid. Hacienda y Derecho.

Por lo anterior, para el Tribunal, el enunciado comentado es simplemente explicativo, consignado, tal vez, con el innecesario propósito de hacer precisión sobre la inclusión en el supuesto universal, de determinadas circunstancias también generadoras del arancel, que en lugar de hacer claridad, tornan oscuro e impreciso el concepto.

En efecto, al referirse la norma en comentario, al cumplimiento de obligaciones producto de una transacción, de una conciliación que termine un proceso de ejecución, o al cumplimiento de obligaciones contenidas en un laudo arbitral objeto de refrendación y en general al cumplimiento de obligaciones cobradas en cualquier clase de proceso ejecutivo, está simplemente “aclarando” que para esas hipótesis también opera el arancel, siempre que conciten las condiciones del inciso 1, pero no está creando nuevos supuestos de hechos generadores de la contribución, pues de aceptar lo anterior, se llegaría al absurdo que al disponer el literal c) “Por el cumplimiento de obligaciones reclamadas en un proceso ejecutivo de cualquier naturaleza”, el arancel se causaría en todas las ejecuciones, con independencia de la cuantía de la pretensión, que es el supuesto básico al que el legislador adosó la generación o génesis del arancel.

La conclusión de que los literales del artículo 3, tienen como cometido hacer énfasis en unas circunstancias particulares, pero sin crear nuevos supuestos de hechos generadores o imponibles, igualmente se justifica con el tratamiento específico o individual que el legislador les da a esos supuestos en el artículo 6, pues al regular la base gravable²⁷, puntualizó que para la transacción o la conciliación, lo será el valor de los pagos, o de las prestaciones acordadas y en el artículo 7 se estipuló que la tarifa²⁸ será del 1% cuando se requiera reconocimiento o refrendación del laudo arbitral, como también cuando exista terminación anticipada del proceso de ejecución.

De otra parte, debe analizarse si el legislador al incluir el caso del cumplimiento de una transacción o una conciliación que ponga fin al proceso, está contemplando el negocio jurídico acordado o ajustado en el interior de ese contradictorio, que como tal es pasible de la liquidación del arancel, sin ser hecho generador del mismo, o si por el contrario, está valorando la posibilidad de una transacción o una conciliación celebrada con anterioridad a la iniciación de la correspondiente ejecución, en el que este obra como título coactivo y que, en tal condición, justificará el cobro del arancel, siempre que reúna las condiciones del inciso 1 del artículo 3 tantas veces citado, cuestionamiento que, en sentir de la Sala, debe resolverse en favor de esta última posibilidad, por cuanto, de observar los literales “a” y “b”, de inmediato fluye que, al describirse que se trata del “cumplimiento” del acuerdo conciliatorio o del laudo arbitral, ello denota como presupuesto ineludible su precedencia a la ejecución judicial, de donde se desgaja que para que de ese crédito sea posible predicar que está sujeto al arancel, debe concitar las condiciones estipuladas en el inciso 1 del artículo 3.

Esa tendencia de confundir, entreverar o mezclar el proceso coactivo, la pretensión ejecutiva y el título base de la ejecución o utilizarlos sin la distinción y precisión necesarias, se repite en la ley, pues sin ninguna justificación normativa se hace referencia a procesos ejecutivos “comerciales” -inexistentes en el orden jurídico patrio-, por lo que se debe entender que el dador de la ley está haciendo referencia al escrito ejecutivo al que lo precedió un negocio mercantil y no exactamente al proceso coactivo.

En el mismo sentido, en la ley se reconoce legitimación para el pago del arancel al demandante en reconvencción²⁹, figura que en la estructura del proceso ejecutivo patrio no es posible que se materialice, por lo que, para darle algún sentido a su incorporación en la norma, precisa aceptar que se trata del acreedor que obtuvo en su favor una condena en un pleito ordinario declarativo, que se está cobrando en el proceso de ejecución, lo cual pone de relieve que esa legitimación por pasiva para el pago del arancel deviene de la titularidad que se reconoce en el documento base de la ejecución y no del proceso mismo.

Tampoco puede aceptarse que al haber incluido el legislador los “casos” de los literales del artículo 3 comentado, referidos al “cumplimiento” coactivo de obligaciones no satisfechas, hubiera querido regular **los efectos del hecho impositivo**, para gestar sobre ellos el gravamen, en desarrollo de la posibilidad que en la doctrina se reconoce al dador de la ley tributaria para afectar actos realizados con anterioridad a su expedición, pues esta hipótesis es posible cuando de manera expresa, **a esos efectos**, se les circunscribe en la norma como supuestos originadores del crédito fiscal.

8. Finalmente, una simple revisión de la ley, igual deja en claro que ni a la terminación de la ejecución ni al pago de la obligación cobrada, muy a pesar de que este es el detonante que hace efectivo el

²⁷ BASE IMPONIBLE: Valor numérico sobre el cual se aplica la alícuota o tasa del tributo.

²⁸ TASA: Cantidad o porcentaje que debe aplicarse a la base imponible para determinar el impuesto.

²⁹ Artículo 5.

arancel, el legislador los calificó como hechos que le dan nacimiento a la contribución parafiscal, debiéndose recordar que, en puridad, la descripción normativa que hace brotar la obligación tributaria es hipotética, pues sólo tiene existencia ideal en la legislación, diferente del hecho concreto, material, que se cumple en la realidad, y que en caso de concitar todos los elementos contenidos en su definición, dan lugar al crédito tributario.

Corolario de lo expuesto, como el pago de la obligación desde la perspectiva impositiva solo constituye la base gravable de la contribución parafiscal, al paso que el hecho generador del arancel se establece a partir de la existencia del proceso ejecutivo cuya pretensión sea igual o superior a 200 SMLM y este rubro se determina con la presentación definitiva de la pretensión, acápite propio del libelo introductorio, fluye coruscante que el arancel se aplica a los procesos que con posterioridad al 12 de julio de 2010 definan ese supuesto, en aplicación del efecto inmediato de la ley procesal y a la prohibición de la retroactividad en materia tributaria. Con orientación contraria, los procesos iniciados con anterioridad a esa fecha en los que se hubiera definido el tema de la cuantía de la pretensión le es inaplicable la nueva ley, pues de aceptar su inmediata implementación se le estaría reconociendo efectos retroactivos sobre situaciones adjetivas ya consumadas, por ende, intocables, en desmedro del pensamiento jurisprudencial que predica que “la ley procesal, entendida como la que va dirigida a reglamentar la función jurisdiccional como potestad del Estado, y de ahí su señalado carácter de orden público, cobra especial valor el postulado de que la ley rige hacia el futuro, que en ningún caso puede ser retroactiva. Su aplicabilidad es, pues, inmediata”. (CSJ. Auto, mayo 17 de 1991), razones que justifican la revocatoria de la decisión impugnada.»

FUENTE NORMATIVA : CONSTITUCIÓN NACIONAL, ARTÍCULO 338
: CONSTITUCIÓN NACIONAL, ARTÍCULO 368
: LEY 1285 DE 2009
: LEY 1394 DE 2010

FECHA : 2011-07-25
PROCESO : EJECUTIVO HIPOTECARIO
PONENTE : Dr. LUIS ROBERTO SUÁREZ GONZÁLEZ
DEMANDANTE : BANCO COLPATRIA RED MULTIBANCA COLPATRIA S.A.
DEMANDADO : CARLOS EFRAÍN MURCIA CASTILLO
RADICACIÓN : 11001310304120020079300

1.2 Sala de Familia

1.2.1

LOS BIENES MUEBLES PROPIOS ADQUIRIDOS ANTES DE INICIAR LA SOCIEDAD PATRIMONIAL POR ALGUNO DE LOS COMPAÑEROS NO HACE PARTE DE ÉSTA. Si la sociedad nació después de haber adquirido el bien, en este caso inmueble, dicho bien no hace parte de la masa común a partir.

Los bienes propios de los compañeros pueden ser de dos clases, los que se adquieren a título gratuito (herencia legado y donación) y a título oneroso (como lo son la subrogación de bienes propios) y los adquiridos antes de iniciar la unión marital, estos no hacen parte de la masa común, y, los bienes sociales o gananciales destinados a conformar la masa común partible cuándo sobrevenga la disolución de la sociedad.

“La controversia en este caso, se enmarca en el conjunto de disposiciones civiles que regulan el régimen de la sociedad patrimonial y la comunidad de bienes³⁰, gobernada por principios de solidaridad y corresponsabilidad por virtud de los cuales, “el patrimonio o capital producto del trabajo, ayuda y socorro mutuos pertenece por partes iguales a ambos compañeros permanentes” (art. 3°); sin embargo, precisa el párrafo del artículo en cita que no harán parte del haber de la sociedad “los bienes adquiridos en virtud de donación, herencia o legado, ni los que se hubieren adquirido antes de iniciar la unión marital de hecho, pero sí lo serán los réditos, rentas, frutos o mayor valor que produzcan estos bienes durante la unión marital de hecho.” (Se resalta aquí).

³⁰Artículo 2° ley 54 de 1990.

“Con el recurso de apelación se pretende lograr la inclusión del inmueble ubicado en la carrera 57ª N° 72 A – 04, dentro de los inventarios de la sociedad patrimonial de **BLANCA INÉS PINILLA AGUILAR** y **ROBERTO PRIETO MALDONADO**, en liquidación, bajo el supuesto de ser un bien social, lo que no logra acreditarse con la prueba documental aportada al trámite incidental”.

FUENTE NORMATIVA : LEY 54 DE 1990, ARTÍCULO 7°
: CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL LIBRO 4° TÍTULO XXII
: CÓDIGO CIVIL CAPÍTULO I AL VI

FECHA : 2010-09-06
PROCESO : LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD PATRIMONIAL
PONENTE : DRA. LUCÍA JOSEFINA HERRERA LÓPEZ
DEMANDANTE : BLANCA INÉS PINILLA AGUILAR
DEMANDADO : ROBERTO PRIETO MALDONADO
RADICACIÓN : 11001311001620060068001

1.3 Sala Laboral

NO PROCEDE EL PAGO DE LA MESADA CATORCE CUANDO COMO CONSECUENCIA DE LA SUBROGACIÓN TOTAL DE LA OBLIGACIÓN PENSIONAL POR PARTE DEL EMPLEADOR ANTE EL ISS, NO SE CONFIGURA LA COMPARTIBILIDAD PENSIONAL AL NO EXISTIR UN MAYOR VALOR A CARGO DEL EMPLEADOR NO LE ASISTE EL DERECHO A LA MESADA ADICIONAL.

El problema jurídico a resolver por la Sala consiste en determinar si, frente a las previsiones del A.L. 01 de 2005, es procedente o no el pago de la mesada catorce a favor de la demandante por parte de la pasiva, no obstante haberse subrogado totalmente de la obligación pensional ante el Instituto de Seguros Sociales.

Sea lo primero señalar que respecto al tema de la subrogación pensional la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en providencia de 15 de abril de 2008 afirmó:

“...cuando el Instituto de Seguros Sociales reconoce al trabajador la pensión de vejez, el empleador oficial sólo está obligado al cubrimiento del mayor valor o monto de la pensión, como aquí ocurrió, puesto que si una de las finalidades de la Ley 90 de 1946 fue establecer un sistema de seguro social obligatorio orientado por principios técnicos y razones de equidad y justicia social, que reemplazara el de las prestaciones patronales de origen legal, liberando al empleador de la cobertura de determinados riesgos laborales y del respectivo pago de los derechos surgidos de ellos para que fueran asumidos por los seguros sociales creados por dicha ley, carecería por completo de sentido que, pese a afiliar a sus trabajadores al Instituto de Seguros Sociales y realizar los aportes exigidos en los reglamentos de dicha entidad, esa subrogación en el pago de las prestaciones legales no pudiera ocurrir y continuara de todas maneras el empleador obligado a satisfacerlas, por cuanto ello iría en contra de los principios orientadores de ese sistema de seguridad social, al permitir una injustificada y doble cobertura tratándose de la misma prestación social”.

De acuerdo con la providencia transcrita y descendiendo al caso bajo estudio, estima esta Sala que no le asiste razón al recurrente al afirmar que en el presente proceso no se está discutiendo la procedencia de la compartibilidad pensional, pues si bien sus pretensiones no están dirigidas a la aplicación de tal figura, desconoce el hecho de que no es posible deslindar su solicitud de reconocimiento y pago de la mesada catorce con la compartibilidad, en tanto solo a través de ésta es que se permite que el ISS y el empleador compartan una obligación pensional y la paguen conjuntamente tal como en el práctica sucedería si se procediera a condenar a la demandada al pago de la mesada adicional.

De acuerdo con lo anterior, para que proceda la compartibilidad pensional es necesario que al momento en que el ISS empiece a pagar la pensión legal, se observe que la pensión extralegal que venía percibiendo la pensionada fuere superior a aquella y ello generara un mayor valor, situación que no se presenta en el *sub examine*, puesto que luego de hacer el cotejo de lo devengado por la actora en un año con base en la pensión

extralegal, incluyendo la mesada catorce, ello arroja un total de \$19.807.522, mientras que lo percibido conforme la pensión legal reconocida por el ISS asciende a la suma de \$23.175.282, con una diferencia positiva a su favor de \$3.367.760. Como consecuencia se tiene que no se configura la compartibilidad pensional en el caso bajo estudio, debido a que la pensión que percibe en la actualidad es superior a la reconocida por su empleador y en dicha medida contrario a perjudicarse, sus derechos pensionales se ven mejorados con la subrogación. De tal manera que al no existir un mayor valor a cargo del empleador es la razón por la que no le asiste el derecho a seguir percibiendo la mesada adicional de junio o mesada catorce.

FUENTE NORMATIVA : ARTÍCULO 1° DEL ACTO LEGISLATIVO 01 DE 2005
: ARTÍCULO 100 DE LA CONVENCIÓN COLECTIVA 1996- 1998.
: LEY 90 DE 1946
FECHA : 2011-30-06
PROCESO : ORDINARIO SENTENCIA
PONENTE : DR. JORGE LUIS QUIROZ ALEMÁN
DEMANDANTE : DORIA MARÍA GARAVITO RICARDO
DEMANDADO : MINISTERIO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL
RADICACIÓN : 11001-31-05-034-2011-00028-01

. 1. PROVIDENCIAS DE ESTA CORPORACIÓN

1.1. M. P. PAREJA REINEMER FERNANDO ADOLFO Rad. 1100160000202006 02658 01 (15-06-11) INASISTENCIA ALIMENTARIA – Justa causa: No se configura cuando el obligado predetermina su insolvencia – Requisito de indemnizar previamente los perjuicios para hacerse acreedor de la condena de ejecución condicional, consagrado en el numeral 6 del artículo 193 de la Ley 1098 de 2006: Fue derogado tácitamente por el artículo 86 de la Ley 1395 de 2010

“La procesada no ha cumplido el deber legal de suministrar alimentos a sus descendientes, con todos los gastos que demanda, a pesar de estar obligada, y no solo se trataba de pagar una cuota dineraria sino que en la conducta de la procesada se observó el abandono absoluto de sus deberes de cuidado y afecto hacia ellos, en el periodo comprendido de 2006 a mayo de 2008.

Si bien la procesada justificó que para dicho período se encontraba de misionera en Coyaima, Tolima, sin devengar ningún salario, se extraña que la especial solidaridad y altruismo que mostró con ese grupo de indígenas no lo mostró con sus hijos menores de edad, cuando en aquel caso lo hizo espontáneamente y en éste tenía frente a ellos deberes legales que le imponían una conducta diferente ajustada a derecho.

No sirve como justa causa para exonerarse del deber de pagar los alimentos el hecho de que mientras estuvo como misionera en Tolima, no haya recibido remuneración porque su labor era ad honorem, pues aunque materialmente ella no recibiera suficiente dinero para pagar su cuota alimentaria, llegó a ese estado por una decisión voluntaria suya que predeterminó su insolvencia y por lo tanto no acuden a su favor las condiciones mínimas de una fuerza mayor, conforme con las cuales la insolvencia económica sobreviene a pesar del esfuerzo que se hace para superarla.

De modo que prefirió emprender una actividad a partir de la cual, sin incertidumbre, sabía que no podría cumplir el compromiso que a penas días antes había adquirido frente a sus tres hijos menores de edad, y a pesar de ese conocimiento, decidió emprender esa actividad, de modo que ocurrió lo previsible, lo que quiso que ocurriera: que incumplió sin justa causa su deber alimentario.

(...)

En lo que tiene que ver con la suspensión condicional de la ejecución de la pena, es cierto que el artículo 193-6 del Código de Infancia y Adolescencia dice que con el fin de garantizar el restablecimiento de los derechos de niños víctimas de delitos, se tendrá en cuenta, entre otros, el siguiente criterio: “... 6. Se abstendrá de aplicar el principio de oportunidad y la condena de ejecución condicional cuando los niños, las niñas o los adolescentes sean víctimas del delito, a menos que aparezca demostrado que fueron indemnizados...”, de modo que cuando el juzgado denegó este subrogado a la procesada, lo hizo, en principio, de un modo razonable, en cuanto a que la norma está formalmente vigente y ese es su significado, sentido y alcance.

Pero el artículo 86 de la Ley 1395 de 2010³¹ derogó tácitamente este requisito para la concesión de la suspensión condicional de la pena, referente al pago previo de perjuicios, consagrado en artículo 193-

³¹ El Artículo 86 de la ley 1395 de 2010 dice: “... Procedencia y ejercicio del incidente de reparación integral. En firme la sentencia condenatoria y, previa solicitud expresa de la víctima, o del fiscal o del Ministerio Público a instancia de ella, el juez fallador convocará dentro de los ocho (8) días siguientes a la audiencia pública con la que dará inicio al incidente de reparación integral de los daños causados con la conducta criminal y ordenará las citaciones previstas en los artículos 107 y 108 de este Código, de ser solicitadas por el incidentante...” (subraya fuera del texto).

6 de la Ley 1098 de 2006, toda vez que esta norma se profirió en el contexto original del artículo 102 de ley 906 de 2004, cuando los perjuicios se determinaban dentro del proceso antes de que se profiriera la sentencia, acto procesal en el cual se concedía o negaba la suspensión condicional de la ejecución de la pena. Pero ahora aquella norma dispone que el incidente de reparación se surta fuera del proceso, después de la ejecutoria de la sentencia, de modo que al cambiar el contexto normativo, cambio la idoneidad de la prohibición para cumplir su finalidad.

Además si el rito procesal, por el cambio legislativo, ya no permite la oportunidad de determinar antes de que se profiera la sentencia, el monto de los perjuicios, no es válido exigir al procesado el pago previo de los mismos, y por lo tanto seguir interpretando que se puede negar el subrogado cuando el procesado no ha pagado los perjuicios antes de la sentencia, es una exigencia exorbitante incompatible con la constitucionalidad de las normas que autorizan la restricción de la libertad individual.

Esta interpretación comportaría, de facto, una derogatoria general y absoluta del subrogado siempre que la víctima sea un menor de edad en delitos distintos de los sexuales, contra la vida y la libertad individual (regulado por el artículo 199-4 del CIA), pues ese no era fin del artículo 193-6 del CIA, sino el contrario, el de estimular el pago de los perjuicios a la víctima menor de edad antes de que se profiriera la sentencia.

Se podría argumentar que cuando hay conciliación entre las partes dentro del proceso, es factible la exigencia de que antes de la sentencia el procesado pague los perjuicios, como condición para concederle el subrogado. Pero la conciliación procesal es un acto mediante el cual las partes acuerdan la existencia, cuantía y pago del objeto de la conciliación.

La conciliación es un acto voluntario, autónomo y libre de quienes concurren a realizarla. Pero si las partes no conciliaban, en el sistema procesal en el cual entró a regir la prohibición del subrogado, el juez definía la existencia del perjuicio, el monto de la indemnización y su forma de cumplimiento, y por vía de la obligatoriedad de esa decisión, con exclusión del abuso de pretensiones indemnizatorias exorbitantes de la víctima u ofrecimientos indemnizatorios ínfimos del procesado, éste estabilizaba su obligación de pagarlos.

Por eso no es válido el argumento de que a través de la conciliación judicial se podría cumplir el fin de la prohibición del subrogado del artículo 193-6 de la Ley 1098 de 2006, porque para lograrlo ofendería la voluntad, autonomía y libertad del procesado, quien actuaría, en esta circunstancia, bajo el apremio de que de no conciliar los perjuicios, perdería objetivamente su derecho al subrogado, lo cual no es aceptable en un procedimiento judicial en un Estado social de derecho, como define la Constitución Política de 1991 a Colombia.

Además, en el curso del proceso no es exigible una carga como ésta, cuando aun no se ha definido si el acusado es condenable, debido a que de eso se trata, precisamente, el juicio. Pero una vez se ha proferido un sentido de fallo condenatorio, es válido que el acusado asuma que deberá resarcir los perjuicios causados con su delito, el único acto subsiguiente que prevé la ley, es el incidente de fijación de la pena, después del cual se proferirá la sentencia respectiva, de modo que por esta vía adquiere mejor sentido el argumento de que el artículo 86 de la ley 1395 de 2010 derogó la prohibición de que se conceda el subrogado cuando el procesado no ha pagado los perjuicios a la víctima menor de edad, previsto en el artículo 193-6 del CIA.

Debe tenerse en cuenta que el artículo 86 de la Ley 1395 de 2010 entró a regir el 12 de julio de 2010, de modo que es posterior al artículo 193-6 de la Ley 1098 de 2006, que entró a regir el 1 de enero de 2007 en Bogotá, de modo que es anterior, y como aquella ley torna imposible la aplicación de ésta, según se vio, debe entenderse que la derogó tácitamente.

No es oponible a esta conclusión que la ley posterior es general y la ley anterior es especial, pues a pesar de que ello es así, aquella ley se aplica a los mismos casos que se aplica ésta, condición en la cual son incompatibles, del modo como se indica en los artículos 72 del Código Civil y 3 de la Ley 153 de 1887, en cuanto a que la Ley 1395 de 2010, al proveer en la generalidad de los procesos judiciales penales, que el incidente de reparación se surtirá después de la firmeza de la sentencia, introdujo un estado de cosas en las cuales ya no es exigible la indemnización de perjuicios antes de sentencia, y por lo tanto enervó la posibilidad de que el artículo 193-6 cumpla su finalidad de promover la reparación temprana de los perjuicios, porque fatalmente su disposición solo podría generar el efecto de prohibir, de un modo absoluto, la concesión de la suspensión condicional de la pena.”

Relatoría/consulta/2011/Acusatorio /Sentencias

1.2. M. P. PAREJA REINEMER FERNANDO ADOLFO Rad. 1100160000172007 07384 01 (09-08-11) MULTA QUE ACOMPAÑA A LA PENA DE PRISIÓN / MULTA DE UNIDAD PROGRESIVA

– Noción y naturaleza de cada una – Similitudes y diferencias - La Amortización mediante trabajo social no remunerado solo aplica a la multa de unidad progresiva

“La escala de gravedad de la conducta punible no es binaria sino que se observan, basados solo en la naturaleza de la pena prevista, al menos, cuatro grados claramente diferenciados: (i) la que amerita una pena principal única no privativa de la libertad; (ii) la que amerita dos o más penas principales no privativas de la libertad; (iii) la que amerita una pena principal única privativa de la libertad; (iv) la que amerita varias penas principales, una privativa de la libertad y otras que no lo son.

La mayor cantidad de delitos ubicados en el primer grado de esta escala son penados con *la multa de unidad progresiva*, pues por tener para el legislador la menor gravedad³², se les asigna una pena que no compromete el derecho a la libertad individual de los procesados, como expresión del derecho penal mínimo y como un rechazo a las penas privativas de la libertad de corta duración, en cuanto ellas pueden crear más efectos negativos que positivos.

Hay otros delitos que también se sancionan con pena única no privativa de la libertad, pero no con multa, como cuando se impone la pena de inhabilitación para contratar a las personas jurídicas que se usan en actos de corrupción (artículos 1 y 2 de la ley 1474 de 2011). Los delitos previstos en los artículos 228 (imputaciones de litigantes) y 452 (fuga de presos, cuando el fugado se presentare voluntariamente dentro de las 36 horas siguientes), solo tendrán sanciones disciplinarias.

El segundo grado comporta mayor gravedad que el primer grado, pues se les asignan dos o más penas no privativas de la libertad, que pueden ser *la multa de unidad progresiva*³³ y otras no privativas de la libertad³⁴, como inhabilitación para ejercicio de derechos y funciones públicas, o pérdida del cargo público.

El tercer grado de gravedad son penadas con prisión, como pena única principal³⁵, pues afecta la libertad individual del condenado, e indirectamente otros derechos fundamentales conexos, como la unidad familiar o las comunicaciones privadas, etc.

El cuarto grado de gravedad abarca los delitos más graves, por lo que se les asigna pena privativa de la libertad, y otras penas no privativas de la libertad (multa, pérdida del empleo público, inhabilitación para ejercer derechos y funciones públicas, privación del derecho a conducir vehículo automotor, privación de la tenencia y porte de armas, etc.)³⁶.

Por eso en la escala de gravedad de los delitos, *la multa que acompaña la prisión* no obedecía a la misma razón político criminal de *la multa de unidad progresiva*, sino a la razón contraria, pues con ella se pretende incrementar el efecto aflictivo de la pena para las conductas cuya mayor gravedad quiere acentuar el legislador adscribiéndole, además de la pena privativa de la libertad, una pena restrictiva del patrimonio económico u otros derechos.

Esta ostensible diferenciación en los fundamentos de las dos especies de multa determinaron que se les diera, a cada una, una naturaleza propia distinta de la otra, dejando en común entre ellas, únicamente el efecto de comportar una restricción al patrimonio económico del condenado como consecuencia de su declaración de responsabilidad penal, a favor del Estado.

Por este motivo el legislador reguló de manera diferente, no solo su contemplación legal sino también la forma de modularla para aplicarla a cada caso concreto y la posibilidad de su amortización mediante formas distintas al pago en dinero, por trabajo de interés público y arresto de fin de semana o continuo.

La multa que acompaña la prisión debe ser dosificada de la misma manera como se dosifica la prisión, regulada en el artículo 61 del CP, mediante el sistema de cuartos según los criterios indicados en su inciso 3°, referentes a la gravedad de la conducta, el daño creado, la intensidad de la tipicidad subjetiva, la naturaleza de las circunstancias de punibilidad, y la necesidad y función de la pena.

En cambio, para la *multa de unidad progresiva* se privilegia la condición económica del condenado, no solo para dosificarla sino también para determinar cómo se cumplirá: si por pago mediante dinero o

³² Delitos que tienen prevista como pena única la multa, entre otras: Violación de habitación ajena (189); violación de la libertad de trabajo (198); irrespeto a cadáveres (204); falsedad personal (296); ofrecimiento engañoso de productos y servicios (300), etc.

³³ La pena de multa no solo se usa según sus dos especies para denotar la mayor o menor gravedad que el legislador le reconoce al delito o la modalidad del delito de que se trate. También ella puede ir adscrita a delitos que generan enriquecimiento indebido para el agente que lo comete, de modo que por vía de la multa se le impone la carga de restituir lo enriquecido como producto de la ejecución de dicho delito.

³⁴ Delitos que tienen prevista pena de multa junto con otras penas no privativas de la libertad: favorecimiento por servidor público (322); favorecimiento por servidor público de contrabando de hidrocarburos o sus derivados (322.1); abuso de autoridad por acto arbitrario e injusto (416); abuso de autoridad por omisión de denuncia (417-1); utilización de asunto sometido a secreto o reserva (419); utilización indebida de información oficial privilegiada (420); asesoramiento y otras actuaciones ilegales (421); intervención en política (422). Igualmente hay otros delitos con multa y prohibición de ir a los escenarios deportivos: seguridad y convivencia en el deporte profesional (artículo 97 de la ley 1453 de 2011); incitación a la agresión a daños en la infraestructura deportiva (artículo 98 ejusdem);

³⁵ Delitos con pena única de prisión. Por ejemplo: homicidio (103); aborto (122); acceso carnal violento (205); hurto (239); circulación ilegal de moneda (277); falsedad en documento privado (289); porte ilegal de armas (365).

³⁶ Entre otros, el tráfico de estupefacientes (376).

por amortización con trabajo de interés público, y en defecto de ésta, mediante arresto de fin de semana o continuo.

Una consecuencia directa de esta diferenciación es que la *multa que acompaña la prisión* no se puede amortizar mediante trabajo de interés público, como parte de la severidad con que la ley trata a los delincuentes que cometen los delitos más graves, razón por la cual la situación económica del condenado es un criterio irrelevante, tanto para dosificarla como para determinar su forma de cumplimiento.

En tanto que la *multa de unidad progresiva*, precisamente por corresponder a la sanción que se le adscribe a un delito de menor gravedad, es susceptible de amortización, no sólo mediante plazos (hasta 24 meses), sino también mediante trabajo de interés público y arresto de fin de semana o continuo.

Esta idea se reafirma en la certeza de que la ejecución alternativa mediante arresto de fin de semana o continuo, no sería funcional en la *multa que acompaña la prisión*, pues cuando el condenado ya está privado de su libertad por la prisión, el arresto de fin de semana o continuo, por sustracción de materia, no operaría. Más aún cuando la prisión está suspendida o sustituida por domiciliaria o vigilancia electrónica, pues menos tendría sentido que no perdiera su libertad por la prisión y sí por la multa.

(...)

Cuando el juez de conocimiento impone, de acuerdo con el principio de legalidad, la pena de *multa que acompaña la prisión*, la única opción del condenado es pagar su valor económico mediante dinero.

En la sentencia C-185 del 16 de marzo de 2011 se dice, como obiter dicta, que el sistema de amortización mediante ampliación del plazo es aplicable a las dos especies de multa. Tratándose de condenados que transitoriamente tienen una situación económica que les impide pagar la multa, es razonable que se le amplíe hasta 24 meses, cuando se espera que su situación económica va a cambiar permitiéndole pagar en ese plazo.

Pero cuando la situación económica del condenado no le permite pagar la multa y en esos 24 meses no se espera que variará, la *multa de unidad progresiva* se puede amortizar mediante trabajo de interés público. Esta misma sentencia dice que la *multa que acompaña la prisión* no tiene prevista un sistema de amortización alternativa, de modo que el legislador coloca al condenado en la situación de deber esta deuda al Estado mientras esté vigente.

(...)

Mediante las sentencias C-185 del 16 de marzo del 2011 y la C-194 del 2 de marzo del 2005, se estableció que la falta de pago de la multa no impedía que el condenado tuviera derecho al disfrute efectivo de la medida sustitutiva de la vigilancia electrónica y del subrogado de la libertad condicional, respectivamente, cuando se demostraba que su falta de pago no obedecía a renuencia o arbitrariedad suya sino a la imposibilidad económica, debidamente demostrada con intervención de la víctima y del Ministerio Público, de pagarla.

Por esta razón, cuando se trata de la *multa que acompaña la prisión*, que es la única especie que permite plantear este dilema, el efecto real que queda, entonces, es el de la condición de deudor de la multa frente al Estado, con lo cual el legislador genera una situación insalvable de otro modo, en la cual crea penas imposibles o extremadamente difíciles de cumplir, condición en la cual se genera el efecto contrario de aquél que le da legitimidad a la imposición de penas, referente a que sean eficaces para cumplir sus fines declarados en el artículo 4 del CP.

(...)

El conjunto de similitudes y diferencias que se han reseñado entre las dos especies de multa, generan la ambivalencia de que no es factible aplicar el sistema de amortización mediante trabajo de interés público de la *multa de unidad progresiva* a la *multa que acompaña la prisión*, conclusión mediante la cual la Sala modifica su criterio expresado en el auto proferido el 25 de marzo de 2011 en el radicado 2008 00527 01.

De aplicarla, ella generaría la solución inadmisibles, por lo exorbitante, de que mediante la formula prevista en el artículo 39-7 del CP, si se asimilara a la unidad de multa de primer grado, en la cual cada unidad corresponde a 1 SMLMV, al amortizar 666.5 SMLMV, la multiplicación de esta cifra por 15 días cada una, arrojaría la carga, para la condenada, de laborar en forma gratuita durante 9997.5 días, que equivalen a 27.390 años.

La inadmisibilidad de esta solución no se obtiene solo a partir de lo exorbitante del resultado, sino que éste es producto de la imposibilidad jurídica de aplicar la formula legal prevista para la *multa en unidad progresiva* a la *multa que acompaña la prisión*, pues, como se dijo, sucede que cada una de las dos especies de multa obedecen a una dialéctica diferente, en cuanto a que la primera enfatiza la mayor

gravedad de la conducta a la que se le aplica, en tanto que con la segunda, se connota la menor gravedad de la conducta punible.

No obstante esa diferenciación que justifica esta decisión, que va a tomar la Sala al confirmar el auto apelado, igualmente se pone de relieve que la previsión de *la multa que acompaña la prisión*, para aplicarla a un condenado de quien se sabe, por anticipado, que no podrá pagarla, genera el efecto pernicioso de no satisfacer los fines que legitiman el derecho del Estado a imponer penas.

Por lo tanto, aunque no está prevista una forma legal para reducir la multa que acompaña la prisión, para poder pagarla mediante trabajo o por otra forma alternativa a su pago con dinero, cuando está demostrado que el condenado no tiene y no tendrá a corto plazo medios para pagarla, esa solución sería más satisfactoria constitucionalmente por el grado de conformidad del principio de igualdad que se lograría a través suyo.”

Relatoría/consulta/2011/Acusatorio /Autos

JORGE DEL CARMEN RODRÍGUEZ CÁRDENAS ALBERTO POVEDA PERDOMO NOHORA LINDA
ANGULO GARCÍA

/

MARCO ANTONIO ÁLVAREZ GÓMEZ
Presidente del Tribunal

ALIRIO CORREAL BELTRÁN
Relator del Tribunal