

Boletín del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla



Junio 2014

Número 25

1. SALA CIVIL-FAMILIA

PROCESO EJECUTIVO-Basado en facturas de venta/Título valor/Relación cambiaria se presume auténtica y con vocación ejecutiva/**MENSAJES A TRAVÉS DE CORREOS ELECTRÓNICOS**- constituyen comunicación equivalente a la escrita y tienen igual valor/**OBJECCIÓN AL MONTO DE LA FACTURA**- No lo presupone que las cuantías indicadas en esos correos se tengan por aceptadas por el acreedor/Debía demostrarse que se envió al acreedor o a la persona designada directa y expresamente para aceptar deducciones/**CONTRAPRESTACIÓN POR SERVICIOS PRESTADOS**- solo es posible determinarlo por las partes e imposible de modificar unilateralmente.

MAGISTRADA SUSTANCIADORA: Dra. VIVIAN VICTORIA SALTARÍN JIMÉNEZ

Causa fáctica: En el presente caso, el objeto de la apelación de la sentencia en el proceso ejecutivo versa sobre la demostración de las excepciones de mérito invocadas para considerar extinguida la obligación a cargo de la entidad ejecutada.

Extractos: “En el caso sub-júdice, la parte actora ha presentado al cobro ejecutivo la factura de venta No. 0365 de Septiembre 8 de 2010, con vencimiento Septiembre 10 de ese mismo año, por valor total de \$8.622.540.595,00; pretendiendo con la demanda obtener el pago del saldo insoluto de la misma, en cuantía de \$3.828.220.574,00 que la sociedad deudora no se ha allanado a pagar, según afirma; en tanto que la ejecutada aunque admite haber aceptado dicho título valor, aduce que el saldo a que se refiere la compañía demandante, fue cancelado en su totalidad por la deducción realizada, según convenio expreso contenido en el contrato previamente suscrito por las partes, por concepto de insumos que la parte demandante recibió para la realización de la actividad de explotación minera contratada con la parte demandada.

En este sentido, el título de recaudo ejecutivo lo constituye la factura comercial aludida, que al cumplir con las exigencias del art. 773 del Código de Comercio, es un título valor; es decir, nos encontramos frente a una relación cambiaria, que por ley se presume auténtica y con vocación ejecutiva.

Pues bien, en principio, encontrándose trabada la litis entre las mismas personas jurídicas participantes en el negocio sustancial que ha dado origen a la emisión de dicha factura, la

destrucción de la verdad cambiaria que de ella emana, solo será posible si la demandada sobrepone a esa realidad formal y cambiaria, la verdad negocial del cual nació el título valor; es decir, demostrando que el negocio causal y sus circunstancias, desvirtúan esa realidad cambiaria.

En este sentido, tenemos que el punto de debate en este caso, se centra en que la cuantía que se cobra y que se muestra en la factura no es real, dado que aun cuando el monto del servicio es por la suma total de la misma, en el negocio causal se acordó deducir de ésta el monto que ahora se cobra ejecutivamente, que corresponde a lo entregado por la demandada a la demandante por concepto de insumos –explosivos- y alimentos, alegando el extremo pasivo que cumplió el procedimiento previamente establecido entre las partes para efectuar unilateralmente tal deducción, enviando la comunicación mediante correos electrónicos poniendo de presente el deducible de tales entregas en la factura que ahora nos ocupa.

En este orden de ideas, encontramos que milita en el expediente la factura de venta antes mencionada (fl. 28), sin que se haya demostrado en el cuerpo de dicho instrumento o en documento separado, que el obligado a cancelarla hubiere efectuado glosas o comentarios, y tampoco se vislumbra del contenido de la misma, que se haya incluido algún concepto deducible de su importe, que es la forma acordada por los contratantes, para proceder a las deducciones por suministro de insumos que efectuare la compañía contratante a la contratista, según reza en la cláusula sexta, literal 6.3. del contrato respectivo (fl.97).

Ahora bien, de acuerdo con la oposición a la ejecución que efectúa la sociedad demandada, observamos que del contrato de prestación de servicios de extracción y transporte de estéril y carbón, verificado entre SERVICIOS DE MINERÍA Y DRAGADOS S.A. y DIAMOND COAL 1 LTD. SUCURSAL COLOMBIA (hoy VALE COAL COLOMBIA LTD SUCURSAL COLOMBIA), visto a folios 90 a 157, convinieron los contratantes el suministro de insumos por parte de la ahora demandada a la contratista ejecutante, y la forma de descontar el valor de los mismos de las facturas a pagar por concepto de los servicios prestados, y al respecto se acordó:

“...6.3. En el pago por la prestación de los servicios, DC1 deducirá de los saldos a favor de SMD los valores correspondientes a consumos de explosivos y accesorios para la misma antes de IVA, combustibles y otros consumibles que hayan sido suministrados por DC1 durante cada mes, únicamente con los debidos soportes de recibo de SMD y después de haber efectuado el pago al respectivo proveedor. SMD será responsable y por ello pagará los impuestos aplicables. SMD podrá solicitar a DC1, motivadamente y por escrito, la retención de un pago a estos proveedores cuando se determine que los elementos no cumplen con la entrega o calidad requerida...”

También establecieron los contratantes el procedimiento para la emisión de la factura de cobro por el servicio prestado, según reza en la cláusula octava, en cuyos parágrafos tercero y cuarto pactaron: *“Una vez aprobada el acta de medición y los respectivos ajustes (para el caso de las facturas de fin de mes), SMD emitirá con base en ella las facturas correspondientes, incluyendo el IVA vigente”...“Las partes acuerdan que no habrá lugar a retenciones unilaterales del valor del acta o de la factura”.*

La estipulación anterior, encuentra esta Sala, tiene como fundamento lo convenido en la cláusula novena, donde dispusieron: *“9.1.1. Una vez recibida la factura, DC1 la revisará y pagará con las deducciones detalladas abajo, dentro de los diez (10) días calendarios siguientes a la fecha de corte. En el evento en que DC1 no esté de acuerdo con la factura,*

actuando razonablemente y con debidos soportes pagará el valor que considere como el valor real de la factura, y enviará una comunicación a SMD en este sentido, indicado las diferencias y las razones que soportan las mismas; 9.1.2. El pago final que realice DC1 se hará después de haber deducido lo siguiente: 9.1.2.1. El valor, en relación con los ítems libres de cargo utilizados por SMD calculado según se contempla en el numeral 4.6. de la cláusula 4 de la presente oferta; 9.1.2.2. El valor, en relación con los ítems libre de cargo, utilizados por SMD calculado según se contempla en el numeral 6.3 de la cláusula 6 de la presente oferta”.

En aplicación del artículo 1622 del Código Civil, según el cual: “*Las cláusulas de un contrato se interpretarán unas por otras, dándosele a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad...*”; puede establecerse que las partes en el aludido contrato pactaron que DIAMOND COAL 1 LTD. SUCURSAL COLOMBIA (hoy VALE COAL COLOMBIA LTD SUCURSAL COLOMBIA) suministraría a SERVICIOS DE MINERÍA Y DRAGADOS S.A., insumos y otros consumibles necesarios para la realización de la labor contratada; también que el valor de éstos se reflejaría en la factura que SMD elaborara, la cual se sometería a la verificación de DC1, por lo que en principio no se autorizó la deducción unilateral de dinero del monto de las facturas cobradas. No obstante, en caso de mostrarse DC1 en desacuerdo con el valor a deducir expresado en la factura, podía descontar el valor que considerare real, pero luego de ello debía enviar por escrito “*...una comunicación a SMD en este sentido, indicado las diferencias y las razones que soportan las mismas*”, acompañados de los documentos -soportes- de haber pagado a los proveedores los insumos o consumibles que hubiere suministrado a SMD, conforme lo estipulado en la cláusula 9.1.1.

De otra parte, también acordaron los contratantes que en el período de ejecución del contrato, estarían representados por el denominado “Grupo de Control del Proyecto”, y para ello en la cláusula diecinueve convinieron “*Dentro de los diez (10) días siguientes a la aceptación de la presente oferta, de haber lugar a ella, cada una de las partes notificará por escrito a la otra el nombre de su representante en el Mina, que actuará en su nombre como contacto respecto de todos los asuntos relacionados con los servicios y tendrá capacidad decisoria suficiente para administrar la oferta. Aclarando que los representantes de SMD y 8DC1 en la Mina no tendrán facultades de representante legal para modificar la presente oferta*”.

Aplicando lo anterior, tenemos entonces que aduce la sociedad demandada que el saldo de la factura No. 0365 por cuantía de \$3.828.220.574,00 cobrado ejecutivamente en este proceso, fue deducido de dicha factura, por concepto de alimentación, explosivos y combustibles suministrados a la demandante; deducciones que dice fueron autorizadas por los representantes de la demandante en sendas “actas conciliatorias”, donde se revisaron y aprobaron las partidas objeto de deducción, y que la circunstancia de no haber incluido la demandante esa deducción en la factura no implica considerar que tales descuentos no pudieren efectuarse, pues la autorización para ello está prevista en el contrato de marras.

Veamos entonces si aparece comprobado en el proceso a) Que la demandada haya suministrado a la demandante los insumos a que hace referencia; y b) Si los representantes de la demandante, autorizaron deducir de la factura No. 0365, la suma de \$3.828.220.574,00.

A este respecto, la sociedad demandada al presentar las excepciones de mérito adujo que la suma de dinero cobrada ejecutivamente la pagó mediante deducción que realizó a la factura No.0365 de Septiembre 8 de 2010, por concepto de suministro de alimentos, explosivos y combustible; sin embargo, no allegó prueba alguna demostrativa de haber efectuado tal suministro y de haberlo cancelado a los proveedores respectivos, pues nótese que lo convenido en el contrato que surgió entre las partes por la aceptación de la oferta realizada por SERVICIOS DE MINERÍA Y DRAGADO S.A., aceptada por DIAMOND COAL 21 LTD. SUCURSAL COLOMBIA, fue que las deducciones en las facturas, por concepto de suministros que DC1 efectuara a SMD, estaban condicionadas a que se encontraran debidamente soportados y que se hubiere cancelado el servicio o mercancía al proveedor de que se tratara; de manera que este aspecto no aparece comprobado.

En cuanto a lo segundo, allegó la demandada fotocopias que contienen correos electrónicos cruzados entre la señora MERCEDES FRAGOZO, al parecer empleada de DIAMOND COAL 21 LTD. SUCURSAL COLOMBIA, hoy VALE COAL COLOMBIA LTDA, y empleados de MASERING, que datan de Agosto y Septiembre de 2010, donde de manera unilateral, la primera informa a los segundos que existe una obligación a su cargo de \$3.828.220.575,00 por concepto de suministro de alimentación, combustible y explosivo, luego de haber descontado otros dineros de las facturas Nos. 0359 y 0360 (fls.159-160), anexando las “actas firmadas” en representación de SERVICIOS DE MINERÍA Y DRAGADOS por el señor MARIO DÍAZ (fls.162-182); pero se observa: a) Las facturas Nos. 0359 y 0360 si contienen mención del descuento que ha de ser efectuado del dinero allí cobrado, sometidas por ende a la verificación de la demandada, pues recuérdese que las partes convinieron prohibir “...retenciones unilaterales del valor del acta o de la factura...”, como reza el párrafo tercero de la cláusula octava (fls.183-184); b) Del certificado de existencia y representación legal de la demandante, se evidencia que la sociedad MASERING SAS es controlante de SERVICIOS DE MINERÍA Y DRAGADOS S.A.S. con posterioridad a la emisión de la factura No.0365, esto es, desde Abril 29 de 2011 (fl.8), de manera que los correos enviados a funcionarios suyos, no vinculan a la sociedad demandante, para considerar que fueron recibidos y aceptados por ésta; además de no encontrarse acreditado q los receptores de dichos correos sean empleados de la demandante y que hubieren sido autorizados por ésta para actuar a su nombre en el referido contrato, como expresamente se acordó, y menos aún que tuvieran facultades para comprometerla patrimonialmente.

Cabe indicar además, que los correos electrónicos, según su reglamentación legal, constituyen comunicación equivalente a la escrita y tienen igual valor, y en este caso más aún, teniendo en cuenta que en la oferta de contrato, cuando se expresa “comunicación”, no se especifica la forma en que ésta habrá de realizarse. Sin embargo, el hecho de enviar comunicación mediante correos electrónicos no presupone que ellos tengan, *per se*, la calidad necesaria para ser tenidos como comunicación seria, valedera y suficiente para demostrar objeción al monto de la factura y que las cuantías indicadas en esos correos se tengan por aceptadas por el acreedor; pues para que ello ocurra debía demostrarse que se envió al acreedor o a la persona designada directa y expresamente para aceptar deducciones, sobre todo teniendo en cuenta que son de alta estima patrimonial y que constituyen una modificación de un elemento esencial del negocio, como es la contraprestación por el servicio prestado, que en principio solo es posible determinar por las partes e imposible de modificar unilateralmente.

Aceptar que tales comunicaciones -correos electrónicos-, enviadas a un socio de la acreedora, resultan suficientes para que se tengan por aceptadas y para ser valoradas con

eficacia para modificar el contenido de la oferta y su cuantificación, sería avalar que los negocios se cumplan de cualquier manera, desatendiendo la máxima legal según la cual los compromisos deben cumplirse en la forma pactada. Igual razonamiento se aplica a los documentos allegados por una de las declarantes, respecto de lo cual vale decir, que aunque en principio es admisible que el testigo aporte documentos que confirmen su exposición, ello no presupone que tal aportación necesariamente conduzca a la demostración del hecho, puesto que es diferente el aporte y su forma en original o en copia, y otra su valoración, que apunta a la fuerza de convicción que de ellos pueda desprenderse; y en este caso, los aludidos correos electrónicos no son correos provenientes del demandante, aceptados por él, sino de terceras personas de quienes no existe prueba de que estén autorizados para comprometer el consentimiento de la sociedad acreedora.

(...)

De este análisis, precisa indicar que el título que sirve de base a la ejecución, es un título valor, dotado por disposición legal de presunción de veracidad en su contenido, de manera que en principio, cuenta con mérito probatorio para deducir del mismo una orden ejecutiva por el valor o suma de dinero que represente, o menor a ésta, de acuerdo con la afirmación que en tal sentido realice su beneficiario. Ello no obsta, sin embargo, para que pueda ser desvirtuado total o parcialmente, carga que incumbe a la parte demandada, y en este caso, la sociedad ejecutada no logró demostrar los supuestos fácticos en que soportó las excepciones de mérito que presentó, las cuales por ende, debían declararse no probadas, debiéndose proseguir la ejecución en la forma dispuesta en el mandamiento de pago; y como esa fue la decisión adoptada en la sentencia de primer grado que ahora es objeto de impugnación, la misma ha de ser confirmada.”

FUENTE NORMATIVA: Art. 773 del Código de Comercio, artículo 1622 del Código Civil.

DEMANDANTE: Servicios de Minería y Dragados SAS

DEMANDADO: Vale Coal Colombia Limitada

FECHA: Junio 10 de 2014

RADICACIÓN: 08-001-31-03-012-2012-00174-01/**37.999**

DECISIÓN: Confirma la sentencia apelada.

RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRANCONTRACTUAL- Elementos/Criterio de imputación-
Nexo causal/ Eximentes de Responsabilidad: Culpa de un tercero/Cosa
Juzgada/**DICTAMEN PERICIAL-**Recoge lineamientos de la doctrina y la jurisprudencia
sobre el concepto de daño emergente y lucro cesante/**CULPA DE LA VÍCTIMA-**No se
predica por la inexistencia de protección termogénica en la vivienda

MAGISTRADA SUSTANCIADORA: Dra. SONIA ESTHER RODRIGUEZ NORIEGA

Causa Fáctica: En el presente caso, la parte actora y los demandados recurren la providencia de primera instancia con el fin de obtener en el primer caso una declaratoria de legitimidad por activa, y en el segundo evento, la exoneración de la responsabilidad que se les imputa por la muerte de la cónyuge del demandante en razón a la electrocución de su vivienda, al caer sobre ella cables de conducción eléctrica arrasados con el movimiento de un container de la empresa Aseo Técnico S.A.

Extractos: “Sabemos que para que exista responsabilidad se requieren tres elementos absolutamente indispensables y necesarios: el daño, el hecho generador del mismo y un

nexo causalidad que permita imputar el daño a la conducta (acción u omisión) del agente generador.

La jurisprudencia y la doctrina indican que para poder atribuirle un resultado a una persona y declararla responsable de su acción u omisión, es indispensable definir si aquel aparece ligado a esta por una relación causa –efecto; porque si no es posible encontrar tal relación, no tendrá ningún sentido continuar con el estudio de la responsabilidad endilgada.

Acercas del nexo causal, las demandadas señalaron en resumen:

La ELECTRIFICADORA DEL CARIBE S.A E.S.P, manifestó: que no existe nexo causal entre la labor de esta y el lamentable accidente, y señala como únicos responsables del hecho dañoso a las a las empresas ASEO TECNICO S.A y a la Sociedad de Acueducto, Alcantarillado y Aseo de Barranquilla “Triple A”, ya “que con el camión de placas SBK-672 con número interno 5262 tipo container tropezó con el poste y los cables, y quienes manipularon de forma peligrosa las redes de mi representada, las cuales se encontraban en excelente estado”. (Ver f. 20 C.T).

La Sociedad de Acueducto, Alcantarillado y Aseo de Barranquilla S.A E.S.P , expresó: que las causas probables del daño la constituían la actividad de conducción de vehículos automotores y el mantenimiento y operación de la red eléctricas, las cuales son actividades remotas a las que realiza TRIPLE A, en cuanto a la prestación del servicio público de recolección de basuras, la cual no es catalogada como peligrosa por la jurisprudencia nacional, ni en ese fallo se indicó el razonamiento para llegar a tal conclusión para llegar a la conclusión de como “factor determinante de la responsabilidad, el control de la actividad se encontraba en cabeza del contratista”.

Finalmente concluye, que al efectuarse un juicio de probabilidad se nota que la conducta de TRIPLE A, no es por si misma apta, idónea y eficiente para producir los daños materiales y morales que se le endilgan.

Y acerca de la Guarda de la actividad señala que se encontraba a cargo de ASEO TECNICO y no de TRIPLE A, al momento de la ocurrencia de los hechos, ya que dicha actividad se encontraba bajo la guarda material y absoluto control por parte de ASEO TECNICO, lo cual se encuentra plenamente probado con el interrogatorio de parte rendido por el representante legal de ASEO TECNICO S.A E.SP, al señalar que dicha sociedad ejercía la el CONTROL y GUARDA MATERIAL de la actividad de conducción de los camiones recolectores de basura planificando sus movimientos, rutas, capacitación de personal, control de seguridad y seguimiento permanente de aseo y suma que la llamada afiliación del vehículo involucrado con la empresa TRIPLEA, ni la propiedad del mismo en cabeza de ASEO TECNICO S.A. (ver f. 26-34 C.T)

En su momento la sociedad de Acueducto, Alcantarillado y Aseo de Barranquilla S.A. E.S.P, TRIPLE A” al alegar su “Ausencia de responsabilidad”, indica que las actividades de conducción de energía ni la de conducción de vehículos automotores, no son operadas ni de propiedad de dicha sociedad, por tanto mal podría responder, por actos o hechos de terceros. (ver f. 22-31 C.T)

Acercas de la ausencia de responsabilidad alegada por los demandados, debe señalarse, que en el caso de marras quedó claramente establecido el hecho dañoso, sucedido el día 5

de junio de 2006, siendo aproximadamente las 7 y 30, y que este sucedió posterior a que los cables de energía eléctrica que iban del poste a la vivienda de la occisa, se enredaran con la parte superior el camión recolector de basuras de la empresa ASEO TECNICO S.A, identificado con las placas SBK 672, conducido por el señor NICOLAS GUILLERMO PRENT RODRIGUEZ, quien iba en compañía de los testigos JUAN MANUEL CHARRY MORALES y MANUEL ANTONIO IGLESIAS CARRILLO, quienes laboraban también con la citada empresa, luego de la ruptura de los cables, ellos se bajaron del vehículo para tratar de levantarlos y fue cuando se percataron que los cables estaban colgado, produciéndose, posterior a ello el corto circuito al interior de la vivienda de la señora ZOILA ROSA BOLAÑO REBOLLEDO, el cual produjo una energización de las paredes del citado inmueble que al ser tocadas por la occisa, le produjeron la consabida muerte por electrocución, tal y como dio cuenta de ello el reporte de medicina legal (f. 362 y C.P)y la certificación expedida por la Fiscalía 35 Delegada de la Unidad de Delitos contra la Vida y otros (f. 55 C.P).

Lo anterior fue corroborado por los testimonios de los señores JUAN MANUEL CHARRY MORALES y MANUEL ANTONIO IGLESIAS CARRILLO e interrogatorio rendido por el conductor NICOLAS GUILLERMO PRENT RODRIGUEZ, quienes coincidieron en afirmar el tipo de labor que desempeñaban en el sector de la calle 64 con carrera 27, señalando el primero de ellos: *“yo iba con el señor PRENT, en el vehículo, salimos por la calle 64 con carrera 27, cruzamos a la izquierda en la esquina... de la segunda o tercera casa, se tropieza el cable el cual no lo divisamos y sucedió lo que ya hay conocimiento...”* y el señor Iglesias Carrillo expresó: *“...cuando pasamos el boulevard de la 64 para coger la carrera 27, ahí fue cuando paso que el cable quedó enganchado en la compactadora ...y el chofer miro (sic) por el retrovisor y nosotros salimos a desenganchar el cable...mientras nos ocurría esto CHARRY se bajó y me dijo mira la casa se está prendiendo...”* a su turno el señor NICOLAS PRENT, indicó acerca del tropiezo de los cables primarios y externos de un poste de energía ubicado en la carrera 27 con calle 64, contestando *“...yo iba subiendo por la carrera 27 con la 64, hacía la 64B, debido al mal estado de la vía y a la poca visibilidad que había en el sector, el container tropezó con el cable que va del poste hacía la casa, **un transeúnte me aviso (sic) de la situación pare (sic) el vehículo en el momento, que en la casa había candela, debido a que había hecho un corto...**”* (el resaltado es del Despacho), de igual manera afirmaron acerca de la habitualidad de su recorrido, del trabajo que realizaban y de que nunca había pasado un accidente como el ocurrido, y precisaron que dichos vehículos o camiones tienen la altura requerida para circular por las calles sin ningún problemas de rozar los cables, y que si eso pasó era porque los cables de redes eléctricas no se encontraban a la altura requerida en el sector.

COSA JUZGADA COMO EXIMENTE DEL NEXO CAUSAL.

Sobre la COSA JUZGADA, reiterada por el demandado NICOLAS PRENT RODRIGUEZ, es de señalar que a pesar de que en el auto de fecha junio 18 de 2012, por solicitud de la parte demandante, el juzgado ofició a la Fiscalía 35 de la Unidad de Vida, a fin de que remitieran copia del expediente contentivo de la investigación sumaria adelantada contra el señor NICOLAS GUILLERMO PRENT RODRIGUEZ, estas piezas fueron allegadas en segunda instancia, por parte del mencionado demandado al momento de descorrer en el traslado para alegar; aportando la copia de la providencia, proferida por LA UNIDAD DE FISCALIA DELEGADA ANTE EL TRIBUNAL SUPERIOR FISCALIA TERCERA, de fecha 8 de abril de 2011, en la mediante la cual se ordenó confirmar la resolución fechada noviembre 26 de 2008, mediante la cual se calificó el mérito sumarial con preclusión de investigación a favor del señor NICOLAS GUILLERMO PRENT RODRIGUEZ, quien se procesara por los

punibles de Homicidio culposo y lesiones personales culposas, decisión a la que se arribó por considerar que el fatídico suceso se originó por un **caso fortuito**, tal y como lo había dicho la primera instancia, *“que es considerado el hecho causado por mero accidente, totalmente imprevisto, sin que medie dolo ni culpa el procesado, entendiéndose como la situación no prevista, aleatoria y que no existió voluntad del agente en su creación”*. (El resaltado es del Despacho)

Lo anterior tiene cardinal incidencia en el juicio civil de carácter indemnizatorio, toda vez que ha sido criterio reiterado en la jurisprudencia nacional la observancia de los jueces civiles de la cosa penal absolutoria:

“Los tribunales represivos, cuando resuelven la acción pública, fallan dentro de un interés social; no juzgan entre dos partes determinadas, sino entre una parte y la sociedad entera. Lo que deciden para fallar sobre la acción pública debe, pues, imponerse a todos. Nadie puede ser llevado a discutir las disposiciones penales de la sentencia, incluso en sus consecuencias sobre los intereses civiles. Por eso, la autoridad de la cosa juzgada en lo criminal es absoluta sobre lo civil; se impone sean cuales sean las partes, sean cuales sean el objeto y la causa de la demanda civil.”¹

No obstante, lo anterior no se constituye en una regla absoluta e inquebrantable y por consiguiente, en una camisa de fuerza que en forma mecánica ate al juzgador civil, haciéndolo un reproductor automático de lo ya resuelto en la causa criminal, lo anterior en razón a que en determinados casos, la jurisprudencia de la Honorable Corte Suprema de Justicia ha decantado el criterio según el cual, si el informe del accidente, así como los diferentes medios de prueba tenidos en cuenta en la respectiva instrucción criminal a diferencia de lo sostenido en el proveído de absolución, no aporta mayores elementos que sirvan acreditar y dar solidez a la decisión final, le es dado al operador judicial la no aplicación de la norma que sujeta el juez civil a lo resuelto dentro de la acción criminal. Al respecto ha señalado la Corte lo siguiente:

“En este orden de ideas, el examen intrínseco de la resolución absolutoria en materia criminal permite afirmar que su contenido no ofrece certidumbre y firmeza en cuanto a que el sindicado no cometió el hecho, al haber intervenido la culpa de la víctima como causa extraña, en la medida en que no existe plena seguridad de que el presunto giro imprudente de la víctima haya sido el que determinó el fatal resultado, pues, cuando menos, puede decirse que, hasta este momento, los sucesos siguen haciendo parte de un escenario oscuro, ambiguo e indeterminado, a la vez que admiten variadas lecturas e interpretaciones, con lo que, a la luz de la doctrina jurisprudencial vigente, ha de descartarse tajantemente la aplicación de la norma que sujeta el juez civil a lo resuelto dentro de la acción criminal.”²

Se observa en la referida resolución de preclusión de la Fiscalía delegada, una carencia palmaria de elementos de prueba, que den solidez a la argumentación jurídica edificada a partir de éstas. Decisión que eventualmente derivó en la preclusión de la causa criminal. De la instrucción penal adelantada, una vez analizado los respectivos folios, se tiene que en gran medida el acta de diligencia de indagatoria rendida por el señor NICOLAS PRENT RODRIGUEZ, fue prueba angular, sobre la cual a la postre se derivó la confirmación de la

¹ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. M.P. Dr. César Julio Valencia Copete. Exp. No. 13039-01, Julio 5 del 2007.

² Corte Suprema de Justicia. Ibídem

decisión previamente reseñada.³ (ver f. 8 y 9 de la decisión de la Unidad Delegada ante el Tribunal Superior Fiscalía Tercera).

Por lo que se señala :“El señor NICOLAS PRENT RODRIGUEZ, se insiste venía conduciendo la máquina compactadora, en ejercicio de sus funciones en compañía de una cuadrilla de compañeros en la recolección de basuras, tal situación lleva a que si bien el vehículo que conducía tiene una altura superior a un vehículo normal debido a sus características **no le era exigible para él estar prevenido** siendo que la empresa o las empresas prestadoras de servicios y que utilizan este tipo de conexiones o redes eléctricas deben prever que otras empresas prestan otros tipos de servicios –DE ASEO –por lo que para prevenir este tipo de accidentes deben instalar sus redes a una altura considerable para evitar estos desenlaces por otra parte nada dice lo investigado que por ese sector habría una restricción para la circulación de este tipo de rodantes, **al igual nada se dice porque causas el cable estaba a una altura que llegó a que el camión compactador lo topara, o desde que tiempo se encontraba en ese estado.** (Negrillas del Despacho)

Pudiéndose estar también como lo indica la instancia frente a un **caso fortuito** que es considerado el hecho causado por mero accidente, totalmente imprevisto, sin que medie dolo ni culpa del procesado, entendiéndose como la situación no prevista, aleatoria y que no existió voluntad del agente en su creación”.⁴

El artículo 64 del C.C define: “*Se llama fuerza mayor o caso fortuito el imprevisto a que no es posible de resistir, como un naufragio o terremoto, el apresamiento de los enemigos, los autos de autoridad ejercidos por funcionarios públicos*”.

Sobre este particular el profesor Hineirosa precisó: “*esa es la conclusión a la que se llegó desde el punto de vista normativo, de regreso de un empeño generalizado en la jurisprudencia francesa retomado en nuestro medio, para caracterizar la fuerza mayor como el acontecimiento totalmente extraño a la actividad generadora del daño, y el caso fortuito como aquel suceso que ocurre dentro de la ejecución de alguna actividad*”.⁵

En cuanto a la distinción que doctrina y jurisprudencia han hecho entre la fuerza mayor y el caso fortuito, adquiere su mayor interés dentro del marco de la responsabilidad por riesgo excepcional. Se ha dicho que la fuerza mayor es causa y externa al hecho demandado, se trata de un hecho conocido, irresistible e imprevisible, que es ajeno y exterior a la actividad o al servicio que causó el daño. El caso fortuito, por el contrario, proviene de la estructura de la actividad de aquel, y puede ser desconocido, permanecer oculto y en la forma que ha sido definido, no constituye una verdadera causa extraña, con virtualidad para suprimir la imputabilidad del daño”⁶.

De lo anterior se establece que tanto la doctrina como la jurisprudencia se refiere al caso fortuito como sinónimo de una causa desconocida, la cual si bien puede o no puede ser previsible o imprevisible y en todos casos es irresistible, se reputa como consustancial de la actividad en desarrollo de la cual se causa el daño lo que le da el carácter de interioridad, razón por la cual no tiene la potencialidad de exonerar en los regímenes por riesgo excepcional proveniente de una actividad peligrosa; más aún cuando en la causa penal que

³ ver f. 8 y 9 de la decisión de la Unidad Delegada ante el Tribunal Superior Fiscalía Tercera).

⁴ Ver folio 13 Ibidem.

⁵ F. Hineirosa, Tratado de Obligaciones 1, Universidad Externado de Colombia, 2002, pag 775.

⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 16 de marzo de 2000, exp.11670. Citada en Sentencia del Consejo de Estado, Sección Tercera de fecha 27 de noviembre de 2002, exp. 13090 M:P María Elena Giraldo.

nos ocupa, no se observa que tal decisión proferida por la FISCALIA TERCERA DELEGADA ANTE EL TRIBUNAL SUPERIOR DE BARRANQUILLA, vertiera sobre pruebas, que le brinden certeza y convicción a la Sala, de que este demandado hubiese obrado con pericia y diligencia en la actividad expectante que realizaba con ocasión de su trabajo cual era conducir el tan mentado vehículo, menos aun cuando al interior de la citada providencia, se señala: “**no le era exigible para él estar prevenido** siendo que la empresa o las empresas prestadoras de servicios y que utilizan este tipo de conexiones o redes eléctricas deben prever que otras empresas prestan otros tipos de servicios –DE ASEO -..”, es decir no se considera la dimensión del daño que puede causarse, cuando no se conduce con prevención un vehículo de esta clase, y ciertamente de la declaraciones rendidas al interior de la misma, este conductor solo se percató de lo sucedido cuando la otras persona le avisan, lo cual lleva al traste, el quiebre del nexo causal por esta causa penal, con apoyo de la doctrina jurisprudencial que previamente se reseñó, por lo que no se valorará la referida resolución de preclusión como prueba eximente de responsabilidad del conductor NICOLAS PRENT RODRIGUEZ, quien desempeñaba una actividad catalogada como peligrosa.

Expuesto por parte de la Sala los argumentos anteriores sobre la “Ausencia de responsabilidad”, manifestada por los demandados ELECTRIFICADORA DEL CARIBE S.A E.S.P, la sociedad de Acueducto, Alcantarillado y Aseo de Barranquilla S.A E.S.P y el señor NICOLAS PRENT RODRIGUEZ, y muy a pesar de que no puedo probarse por ningún medio que los cables, estaban a baja altura; ni que el camión recolector de placas SBK-672 golpeará el poste, del cual iban las redes eléctricas hacia el inmueble en cuestión, por lo que de acuerdo con la forma como se ha indicado que ocurrió el accidente, se infiere que ciertamente estos redes eléctricas no se encontraban a la altura requerida por el Reglamento Técnico de Instalaciones Eléctrica RETIE , debido a la habitualidad con que realizaba el recorrido, para el servicio de aseo, por parte del camión de placas SBK-672, de la empresa ASEO TECNICO S.A, sin que hubiese sucedido nunca un accidente similar a este en el sector; tampoco se encuentra probado la prudencia, diligencia de la actividad expectante del conductor NICOLAS PRENT RODRIGUEZ, pues de acuerdo a lo relatado por los testigos JUAN MANUEL CHARRY MORALES y MANUEL ANTONIO IGLESIAS CARRILLO, al interior de este proceso, como en las rendidas en el informe complementario No. 782 del CUERPO TECNICO DE INVESTIGACION, tanto el conductor como los operarios arriba mencionados, se percataron del enredamiento de los cables eléctricos, en la parte superior del vehículo que conducía tan solo en el momento en que fueron avisados por parte de la gente del sector que gritan: “*que se aguantara. Ante esto se bajó junto con sus compañeros y observaron que un cable de energía estaba sobre la parte superior y posterior del carro. De inmediato se escuchó los gritos de unos niños al interior de la vivienda...*”. (ver f. 47al 48, 323 al 325 y 327 al 329C.P), por lo que no puede emerger de lo anterior, tampoco la **prudencia y diligencia** argüida por parte del mencionado conductor, ya que ni siquiera se percató enseguida de lo ocurrido con los cables de energía sino cuando la gente del sector le indicó que se detuviera, lo cual indica que no conducía de manera atenta el vehículo, más aun cuando este cuidado debía ser mayor debido que era de noche, de haberlo hecho así hubiera evitado el siniestro ocurrido.

Así las cosas podemos concluir con respecto a la excepción de “Ausencia de nexo causal”, alegado por cada una de estas, y la de COSA JUZGADA, reiterada por el demandado NICOLAS PRENT RODRIGUEZ, acerca del accidente ocurrido, y que culminó con la muerte de la señora ZOILA ROSA BOLAÑO, fue producto de una cadena de actividades desplegadas por todos los demandados NICOLAS PRENT RODRIGUEZ, ASEO TECNICO

S.A. A, ELECTRICARIBE S.A.E.S.P y la Sociedad de Acueducto, Alcantarillado y Aseo de Barranquilla S.A E.S.P, TRIPLE A, en su calidad de guardiana de la labor de prestar el servicio de Aseo en el Distrito de Barranquilla, relación que se halla probada en el informativo conforme al Contrato IV 00079, desde marzo de 1999 y reafirmada con las declaraciones rendidas por los representantes legales de la Sociedad de Acueducto, Alcantarillado y Aseo de Barranquilla S:A E:S:P, Triple A y ASEO TECNICO SA.A , señores ROSMARY CECILIA FLOREZ ESCORCIA y FELIX ALBERTO FONTALVO AVILA (ver f 7 al 22 C. de llamamiento en Garantía y 289 y 298 del C.P.), siendo esta, quien contrató con la primera para realizar dicho servicio de aseo, a través de los camiones recolectores de la sociedad ASEO TECNICO S.A, y que en el presente caso el vehículo de placas SBK 672, involucrado, era conducido por el señor NICOLAS PRENT RODRIGUEZ, quien tropezó con los cables de energía eléctrica, que se dedujo que se encontraban a baja altura desencadenado el suceso fatídico donde falleciere la señora ZOILA ROSA BOLAÑO, queriendo decir lo anterior, que todos los demandados incidieron notablemente en la producción del daño causado, motivos por los cuales, no pueden salir avante las excepciones denominadas “Ausencia de nexo causal” y COSA JUZGADA; de igual manera, tampoco puede concluirse que le asistía razón a la Sociedad de Acueducto, Alcantarillado y Aseo de Barranquilla S.A.E.S.P, en manifestar que la GUARDA DE LA ACTIVIDAD SE ENCONTRABA A CARGO DE ASEO TECNICO Y NO DE TRIPLE A; más aún cuando de la lectura del certificado de existencia y representación legal adosado a (f. 33 al 46 del C.P), se expresa: “La sociedad tendrá por objeto principal la prestación de servicios públicos de acueducto , alcantarillado y aseo en el Área Metropolitana de Barranquilla...”, es decir es la empresa encargada de prestar el servicio de aseo urbano y se hallaba probada la relación contractual ente una y otra como ya se mencionó.

Respecto de la objeción planteada frente al dictamen pericial, fundamenta el objetante que el perito incurrió en errores al tomar como base para los perjuicios, un ingreso de \$700.000.00 devengados por la víctima, cuya prueba fueron testimonios recibidos en el proceso los cuales no habían sido valorados por el juez; así mismo extender el lucro cesante de los hijos hasta los 25 años dándoles calidad de estudiantes, con documentos que no fueron aportados al proceso en las oportunidades probatorias.

Revisado el dictamen se puede establecer que efectivamente el monto utilizado para el experticio no estaba probado; pero las formulas aplicadas son las utilizadas para establecer los perjuicios y su actualización; así mismo la disminución del ingreso en un 25% para gastos de la víctima y la extensión hasta los 25 años, cuando se trata de hijos son elementos reconocidos por la doctrina y la jurisprudencia para proyectar el lucro cesante; con lo cual considera la sala que no es de recibo la objeción, pudiendo acogerla, adoptando esta colegiatura el ingreso mínimo legal por las razones expuestas y tomando en consideración que al no probar otro ingreso mayor, se debe usar el salario mínimo . Por lo expuesto no hay lugar a confirmar el punto relativo a la objeción del dictamen.”

FUENTE NORMATIVA: Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. M.P. Dr. César Julio Valencia Copete. Exp. No. 13039-01, Julio 5 del 2007, Artículo 64 Código Civil.

DEMANDANTE: Javier Enrique Valle Páez

DEMANDADO: Sociedad de Acueducto, Alcantarillado y Aseo de Barranquilla S.A. E.S.P. Electrificadora del Caribe S.A E.S.P., Aseo Técnico S.A. y Nicolás Prent Rodríguez.

FECHA: Junio 17 de 2014

RADICACIÓN: 08-001-31-03-012-2011-00012-01-01/**37.831**

DECISIÓN: Revoca numerales 1, 2 y 5° de la sentencia apelada. Confirma en lo demás.

EXCEPCIONES CONTRA LA ACCIÓN CAMBIARIA-Inexistencia de la obligación/No existió entre las partes contrato de mutuo que respaldara la creación de la letra de cambio/**EXCEPCIONES PERSONALES**-No pueden oponerse frente a quien no fue parte en el negocio jurídico causal/**PRUEBA INDICIARIA**-Deducciones y reglas de la experiencia tomadas de la conducta asumida por las partes dentro de la relación jurídica negocial

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: Dr. DIEGO OMAR PÉREZ SALAS

Causa Fáctica: En el presente caso, la parte ejecutante presenta recurso de apelación respecto de la decisión de revocar el mandamiento de pago, levantar medidas cautelares y condena en costas, como quiera que estima que el Juez A-quo no valoró en debida forma las pruebas allegadas basándose en meras inferencias y no indicios, respecto de la obligación insoluta.

Extractos: “Con antelación al estudio de fondo que la Sala realizará conviene precisar algunas cuestiones conceptuales en punto de las excepciones que se pueden proponer contra la acción cambiaria, como quiera que, en el presente asunto, si bien es cierto que el juzgador a-quo merece respaldo en su determinación cardinal de no seguir adelante la ejecución; es igualmente cierto que, tal decisión, en criterio del Tribunal, se explica adecuadamente, por la excepción denominada inexistencia de la obligación, invocada por el demandado, Álvaro Mafiol Coronado, y no por la excepción reconocida en la sentencia atacada llamada “... la derivada del negocio jurídico que dio origen a la creación o transferencia del título valor...”, por la argumentación que sigue:

2.1 Observado el contenido fáctico y probatorio que informa el conjunto de excepciones propuestas por los ejecutados, se vislumbra con claridad que aquéllas tienen como denominador común el hecho – demostrado – de que el título valor – letra de cambio – aportado como título ejecutivo, en rigor, no representa suma de dinero alguna que fuera en verdad adeudada por los demandados al demandante, porque nunca existió entre las partes contrato de mutuo o préstamo de dinero que explique y justifique la creación de la letra de cambio; es decir, las defensas invocadas descansan – su mayoría – en la inexistencia de la obligación dineraria que el actor reclama por la vía de apremio.

2.2 La excepción reglada en el artículo 784 – 12 del Código de Comercio, reconocida en la sentencia, se origina en el principio de la autonomía de los títulos valores, principio rector establecido en los artículos 627 y 657 del mismo Código; ésta no puede oponerse contra el demandante que no haya sido parte del negocio jurídico creador del título valor, como tampoco contra el ejecutante que haya obtenido el título de buena fe exente de culpa, de tal suerte que, si en efecto – como aquí acontece – el título valor no refleja ni documenta préstamo de dinero entre las partes litigantes por inexistencia del contrato de mutuo sobre dinero, mal puede hablarse de un hecho derivado del negocio jurídico que dio origen a la creación o transferencia del título, pues, se insiste, no existió negocio jurídico alguno entre las partes que haya servido de fuente creadora del instrumento negociable presentado como título ejecutivo.

2.3 En este grupo de excepciones – numeral 12 del artículo 784 Código de Comercio – se reafirma el principio del derecho cambiario, según el cual, entre partes inmediatas cabe

excepcionar por los motivos del negocio original⁷, es decir, “... cuando la controversia en torno a un título valor se establece entre partes directamente vinculadas por un negocio de base ligado al negocio cartular, el deudor o el acreedor cartular pueden invocarlo aún si es contrario al tenor literal del título o para ampliar, disminuir o integrar el contenido de ese título...”⁸, y, por tanto, fuerza concluir – anticipadamente – que si no existe entre las partes litigantes negocio jurídico subyacente – que origina el título valor – mal se hace en reconocer precisamente la memorada excepción contra la acción cambiaria, de tal suerte que, la Sala, en ese sentido se ve precisada a modificar la sentencia combatida a efectos de acoger la excepción que ciertamente consulta la realidad jurídica y probatoria del caso presente que no es otra que la llamada, inexistencia de la obligación.

2.4 Siendo tautológicos: aquí no se puede examinar o controvertir o discutir cuestiones inherentes al negocio jurídico subyacente, tales como, incumplimiento total o parcial, vicios de la cosa objeto del contrato, falta de entrega, etc., porque se acreditó que en verdad no existió entre las partes negocio jurídico creador del título valor y por lo mismo, siendo eso cierto, lo adecuado y conforme con la realidad sustancial y procesal resulta ser la inexistencia de la obligación y no la excepción relacionada con las derivadas del negocio jurídico que dio origen a la creación o transferencia de la letra de cambio, pues, se itera, aquí no hubo negocio causal del título valor.

2.5 En suma, se modificará la sentencia en el anunciado sentido de acoger una excepción – inexistencia de obligación – diferente a la reconocida en la sentencia, pero que conduce igualmente a no proseguir la ejecución contra los demandados; decisión de fondo acertada que merece respaldo por la Sala como a continuación se explica.

1. Delanteramente, el Tribunal, comparte integralmente el análisis probatorio contenido en la sentencia recurrida que alude con acierto a establecer numerosos y puntuales indicios que indican con claridad que no existe obligación dineraria a cargo de los demandados por cuantía capital de cincuenta millones de pesos (\$ 50.000.000), como quiera que, no existe contrato de mutuo sobre dinero por ese valor que se hubiese celebrado entre las partes, sino que la letra de cambio arrimada como título ejecutivo fue suscrita – rectius – creada por los demandados, como garantía adicional de naturaleza personal, a una hipoteca – garantía real – otorgada por la demandada, Olga Esther Coronado, para garantizar un préstamo de dinero que por cuantía capital de ocho millones de pesos (\$8.000.000), había otorgado Mariluci Sosa Navarro, ex esposa del demandante, Jaime García, a los demandados; crédito que fuera cedido el 12 de julio de 2.010, a favor del hoy ejecutante, García Mejía; razón por la cual, se insiste, se acoge el susodicho análisis probatorio del juzgador a-quo, que aquí se tiene por reproducido.

2. Con todo, para mayor abundamiento en el terreno probatorio, la Sala complementa el laborío sobre los medios de convicción incorporados al plenario, su fuerza demostrativa, inferencias y deducciones, que reafirman las conclusiones sustanciales de la sentencia combatida en torno a la inexistencia de la obligación dineraria a cargo de los ejecutados, así:

4.1 El demandante, Jaime Arturo García Mejía, sostiene en su interrogatorio de parte (folios 67 a 70 cuaderno principal), que la suma de dinero prestada (\$ 50.000.000), fue

⁷ De los títulos valores, Tomo I, Bernardo Trujillo Calle, Página 496.

⁸ Obra citada, página 496.

entregada por él en dinero efectivo al demandado, Álvaro Mafiol, y que tal cantidad de dinero, para su entrega, no fue retirada de cuenta bancaria alguna, sino que "... es ahorro de los negocios, por lo tanto lo tenía en efectivo...", comportamiento y conducta francamente inusual en la práctica mercantil que hoy en día supone extremas medidas de seguridad en el manejo del metálico en atención a los riesgos que implica la conservación y custodia de sumas elevadas de dinero, en lugares diferentes a entidades financieras que cuentan con medidas de seguridad apropiadas para brindar protección a los dineros y valores depositados, razón por la cual la versión fáctica que ofrece el demandante luce inapropiada y extraña frente a las reglas de experiencia sobre el manejo y custodia de elevadas sumas de dinero.

4.2 En la misma diligencia el actor manifiesta no recordar la contextura física de la demandada, Olga Coronado, pues, según su dicho, la época de celebración del negocio es tan antigua – en relación a la fecha de la diligencia judicial – que no logra recordar los datos característicos morfológicos de la señora, Coronado viuda de Mafiol, con el agregado de haberla atendido por unos minutos; circunstancia igualmente llamativa a efectos probatorios, si en cuenta se tiene que las reglas de experiencia apuntan lo contrario, es decir, recordar detalles relevantes de la persona con la cual se hace un contrato sobre sumas de dinero importantes.

4.3 Ahora bien, no luce coherente, y por el contrario, aparece contradictorio el dicho del demandante contenido en su interrogatorio en lo que atañe con el cobro de intereses adeudados por los demandados y la cesión del crédito hipotecario por cuantía capital de ocho millones de pesos (\$8.000.000), que hiciera a su favor su ex esposa Mariluci Sosa Navarro, como quiera que, mientras en el denominado aviso de cobro, calendado el 15 de julio de 2.010, (folios 73 cuaderno principal), el demandante recuerda a la demandada, Olga Esther Coronado viuda de Mafiol, que su obligación hipotecaria esta vencida y en mora los intereses de 103 meses, en el contrato de cesión del crédito hipotecario (folios 22 y 23 cuaderno principal), en la cláusula tercera, se dice que los intereses sobre la suma capital de ocho millones de pesos (\$8.000.000), están cubiertos o cancelados por los deudores hasta junio 30 de 2.010, circunstancia fáctica que sirve para inferir que, ciertamente, la obligación dineraria que ahora se reclama deviene inexistente, pues, los demandados eran deudores de la señora, Mariluci Sosa Navarro, obligación que en efecto fue solucionada por los ejecutados, como lo admite paladinamente el demandante en su interrogatorio de parte, con la adición sorprendente de que según el actor – diligencia de interrogatorio – el préstamo que se cobra en este asunto, sin respaldo o garantía real, se hizo "...porque la garantía era la casa de la señora que era la fiadora del hijo...", dato último que pone de presente la contradicción del actor, pues, la casa de la demandada, Olga Esther Coronado, sirvió como garantía real en el contrato de mutuo ajustado entre los demandados y la ex esposa del demandante, señora Mariluci Sosa Navarro, según da cuenta la Escritura Pública N° 294 de enero 31 de 2.002, otorgada en la Notaría Séptima de Barranquilla, (folios 18 a 21 cuaderno principal); crédito que fuera cancelado por los deudores de la señora Sosa Navarro, hoy demandados en este pleito.

4.4 Además, riñe a la lógica mercantil entender que el demandante, a la sazón comerciante, y prestamista de dinero, haya entregado en préstamo a los demandados la suma de cincuenta millones de pesos, en julio de 2.007, cuando para esa época, según el aviso de cobro de julio 15 de 2.010, (folio 73 cuaderno principal), tales personas estaban en mora de pagarle 103 meses de intereses vencidos de la obligación hipotecaria contraída en

enero 31 de 2.002, situación que sirve para reafirmar la inferencia lógica probatoria de la inexistencia de la obligación dineraria que se ejecuta.

5. En resumen, se tiene que la pluralidad de indicios reseñados en la sentencia recurrida y los advertidos en esta ocasión por el Tribunal, conducen a la conclusión inequívoca de la inexistencia de la obligación dineraria a cargo de los ejecutados derivada de la inexistencia de contrato entre las partes que sirviera de fuente al crédito de la suma de dinero representada en la letra de cambio presentada como título ejecutivo, razón por la cual, en armonía con lo explicado, se abre paso la excepción de inexistencia de la obligación; de tal suerte que, es menester modificar parcialmente la sentencia recurrida en el sentido de entender que se acoge la memorada excepción de inexistencia de la obligación en lugar de la defensa admitida por el juzgador a-quo; empero, se confirmará lo medular de la providencia impugnada que con acierto determina no seguir adelante la ejecución, levantar medidas cautelares, condenar en costas y perjuicios al demandante y condenar en costas procesales a la misma parte, con el agregado que como secuela de la imprósperidad del recurso de alzada, se condenará en costas a la parte demandante recurrente.”

FUENTE NORMATIVA: Artículos 627, 657, 784 Numeral 12 del Código de Comercio,

DEMANDANTE: Jaime García Mejía

DEMANDADO: Olga Coronado y Álvaro Mafiol

FECHA: Junio 12 de 2014

RADICACIÓN: 08-001-31-03-012-2011-00251-01/ **37.315**

DECISIÓN: Modifica sentencia apelada. Declara probada excepción de inexistencia de la obligación.

2. SALA LABORAL

**PENSION ESPECIAL DE VEJEZ POR ACTIVIDAD DE ALTO RIESGO-
Procedencia/EXPOSICIÓN A ALTAS TEMPERATURAS** – Carga de la prueba corresponde al demandante/No basta con que la empresa esté catalogada como de alto riesgo para que se entienda que todos sus trabajadores que allí laboran desempeñan actividades de ese tipo

MAGISTRADA SUSTANCIADORA: Dra. CLAUDIA MARÍA FANDIÑO DE MUÑIZ

Causa fáctica: En el presente caso, la parte actora pretende se le reconozca el beneficio de acceder a la pensión de vejez con una edad inferior a la exigida de manera ordinaria, por considerar que desempeñó actividades calificadas como de alto riesgo para la salud, y por ende, le asiste este beneficio pensional.

Extractos: “No siendo controvertido que el demandante era beneficiario del régimen de transición consagrado en el inciso 1° del artículo 8° del Decreto 1281 de 1994, dado que si bien se verifica que se trasladó del régimen de prima media al de ahorro individual desde el 1 de enero de 1999 hasta 29 de febrero de 2004, al retornar al ISS nuevamente y habérsele trasladó sus aportes por dicho fondo (fol.16 a 17), lo conservó por contar con más de 15 años de aportes para la fecha del 22 de Junio de 1994, por lo que le resultaba aplicable el Art.15 del Acuerdo 049 de 1990, al tenor de lo dispuesto en el párrafo transitorio 4° del art.1 del Acto legislativo 01 de 2005.

Es así como el inciso 1° artículo 8° del Decreto 1281 de 1994, estipula:

“Régimen de transición para acceder a la pensión especial de vejez. La edad para acceder a la pensión especial de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de esta pensión especial, de las personas que al momento de entrar en vigencia este decreto tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres, o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o más años de servicios cotizados, serán los establecidos en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados.”

Y como antes se indicó, el régimen anterior estaba gobernado por el Acuerdo 049 de 1990, que en su artículo 15, impera: **“PENSIONES DE VEJEZ ESPECIALES.** La edad para el derecho a la pensión de vejez de los trabajadores que a continuación se relacionan, se disminuirán en un (1) año por cada cincuenta (50) semanas de cotización acreditadas con posterioridad a las primeras setecientas cincuenta (750) semanas cotizadas en forma continua o discontinua en la misma actividad: a) Trabajadores mineros que presten su servicio en socavones o su labor sea subterránea;

b) Trabajadores dedicados a actividades que impliquen exposición a altas temperaturas;

c) Trabajadores expuestos a radiaciones ionizantes y,

d) Trabajadores expuestos o que operen sustancias comprobadamente cancerígenas.

PARÁGRAFO 1. Para la aplicación de este artículo, las dependencias de salud ocupacional del ISS calificarán, en cada caso, la actividad desarrollada previa investigación sobre su habitualidad, equipos utilizados y la intensidad de la exposición.

PARÁGRAFO 2. La Dirección General del Instituto mediante resolución motivada podrá ampliar y actualizar las causas que originan pensiones de vejez especiales, previo concepto técnico de la Subdirección de Servicios de Salud o a través de la División de Salud Ocupacional.”⁹

Luego al tenor de esta norma es imperativo que quien quiera beneficiarse de ella debe acreditar que estuvo expuesto a estas actividades catalogadas como riesgosas para la salud, en cuyo análisis es determinante la habitualidad, los equipos utilizados y la intensidad de la exposición, resultando a la vez oportuno precisar, que no basta con que la empresa esté catalogada como de alto riesgo para que se entienda que todos sus trabajadores que allí laboran desempeñan actividades de ese tipo, dado que para tal determinación debe analizarse si el cargo del trabajador o la actividad que desempeña está catalogado por la Ley como de alto riesgo, pues precisamente es la disminución de la expectativa de vida saludable del trabajador la que lo hace acreedor al beneficio conferido consistente en acceder al beneficio pensional a edad inferior a la establecida para la generalidad.

Así lo ha orientado la Sección Segunda de la Sala de Lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado al referirse a la actual concreción de actividades que se catalogan como de alto riesgo, en el Exp. No.110010325000200200250-01 (5192-02) del 13 de Julio de 2006, C. P. Dra. Ana Margarita Olaya Forero, al :

“En el itinerario antes trazado, no es razonable concluir que el hecho de compartir las instalaciones de trabajo, el esquema de turnos, las mismas condiciones de ruido y estrés laboral, puntualmente en el Aeropuerto El Dorado, implicara la necesidad de equiparar en la calificación como actividad de alto riesgo la cumplida por los funcionarios del Ideam, dedicados

⁹ Mientras que el artículo 2° del Decreto 1281 de 1994, estatuye: “Pensiones Especiales de Vejez: Los afiliados al sistema general de pensiones que se dediquen en forma permanente y por lo menos durante quinientas (500) semanas, continuas o discontinuas, al ejercicio de las actividades indicadas en el numeral anterior, tendrán derecho a la pensión especial de vejez, cuando reúnan los requisitos establecidos en el artículo siguiente.

La comprobación de la exposición a los factores de riesgo indicados en el artículo anterior, se realizará ante el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, dirección técnica de seguridad social.”

a recolectar, procesar y brindar a sus usuarios informaciones de meteorología sinóptica aeronáutica, junto a la de los servidores de la Aeronáutica Civil, dedicados a las comunicaciones y manejos de los planes de vuelo.

Sin lugar dudas, debe prevalecer un criterio sustancial que tenga que ver directamente con la disminución de la expectativa de vida saludable del trabajador, no el sólo deseo de tener un trato idéntico, pues, en tal sentido todos los empleados privados y públicos de los aeropuertos deberían calificarse de empleados dedicados a actividades de alto riesgo, ya que todos están expuestos a laborar bajo iguales condiciones de ruido y estrés.”

Además, tampoco es dable entender que respecto a tal supuesto exista una tarifa legal de prueba, pues precisamente la Sala de Casación Laboral en sentencia del 20 de noviembre de 2007, con radicado No.31745, M.P. Dr. Eduardo López Villegas, así lo precisó:

“Estima la Sala que dicha disposición como tampoco el artículo 2° del Decreto 1281 de 1994 corregido por el artículo 1° del Decreto 745 de 1995 que regularon el tema posteriormente, establecieron una tarifa especial de prueba para el juez laboral, quien conforme lo dispone el artículo 61 del C. P. del T., por regla general “...no estará sujeto a la tarifa legal de pruebas y por lo tanto formará libremente su convencimiento, inspirándose en los principios científicos que informan la crítica de la prueba y atendiendo a las circunstancias relevantes del pleito y a la conducta procesal observada por las partes.”.

Como se desprende del texto legal transcrito y de las disposiciones citadas que lo reemplazaron posteriormente, la exigencia está encaminada a que la demostración de la exposición a los factores de riesgo se hiciera ante las dependencias de salud ocupacional del ISS o la Dirección Técnica de Riesgos Profesionales del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, respectivamente, lo que no impide que el tema se debata ante la jurisdicción del trabajo, en procura del reconocimiento de una pensión especial derivada de la exposición a tales factores, por tratarse de un asunto evidentemente sometido a su competencia, conforme al artículo 2° del C. P. del T..”

Precisado lo anterior, entra la Sala a valorar los medios probatorios con miras a verificar si en efecto el actor cumplió con esta carga probatoria que le viene impuesta por el art.177 del C.P.C, para alcanzar el éxito de sus pretensiones.

A folio 17 y 298 del expediente, militan certificaciones expedidas por Industrias Philips de Colombia S.A., donde consta que el demandante estuvo vinculado laboralmente con dicha empresa, desde el 7 de marzo de 1977 y desempeñaba el cargo de “Tecnico IV.; ubicado en el escalafón II Tec. Supervisor, Nivel 4 y actividad de “Mecánico”; como el acta de conciliación celebrada por el demandante con dicha empresa, donde se consigna que estuvo vinculado hasta el 31 de Mayo de 2000, cuando dieron por terminado el contrato por mutuo acuerdo (fol.23 a 27).

También obra el estudio realizado conjuntamente por el Técnico de Salud Ocupacional del ISS y del Coordinador Promoción y Prevención de Salud Ocupacional de la ARP –ISS en la Empresa Philips, compendiado en el oficio No.01632 del 20 de Mayo de 2004, donde se concluyó que el riesgo de temperatura extrema ésta en el proceso de producción, específicamente en la planta de Vidrios y alumbrados y que los oficios que se hallaron involucrados en exposiciones de altas temperaturas en forma permanente en turnos de 8 horas en la empresa Philips, son:

- Trabajadores de los hornos
- Trabajadores de los carruseles

- Trabajadores de hormadoras
- Trabajadores de formación de base
- Trabajadores de formación de bombillos
- Trabajadores de Zocaladores
- Trabajadores de campana
- Trabajadores de base para TL- Lines TL
- Trabajadores de esmerilador de bulbo
- Trabajadores de control de calidad
- Trabajadores moldeadores
- Trabajadores de tijera
- Trabajadores sorteadores
- Trabajadores de acabados
- Trabajadores de molinos de vidrio.

Ahora bien, de la valoración conjunta de los elementos de juicio obrantes en el proceso, no encuentra la Sala prueba alguna que nos permita determinar que la labor que desarrolló el demandante en la empresa demandada se pudiera enmarcar dentro de las actividades de alto riesgo indicadas en la norma, es decir que específicamente estuviere expuesto a altas temperaturas, dado que en el listado del estudio realizado por el ISS, no aparece relacionado el cargo que durante su permanencia en la empresa Philips, desempeñó el demandante, esto es, el de **“Técnico IV”**- Mecánico, y menos aún, cuando al consultar la categorización de su cargo en el escalafón de la empresa que aparece allegado al expediente, dicho cargo está en el **“Escalafón II: Técnico—Supervisión”**, en cuyo nivel 4, aparece la actividad de Mecánico, los que nos impide que se pueda equiparar y mucho menos suponer que coincidían con las actividades que cumplían los operarios de las máquinas utilizadas en las plantas de producción de vidrio y alumbrado, en jornadas continuas de 8 horas como fueron las evaluadas por el ISS. Por el contrario, estas actividades están comprendidas en el **“Escalafón I: Operativo**, en cargos titulados como: i) **“Operario I”**, entre cuyas actividades se encuentran, operarios fabricación y acabado; hormador; revisador/ sorteador, Zocalador, etc y, ii) **Operario II**, la de maquinista campana y esmerilado, hornero, etc..

Por lo tanto no existe prueba alguna que nos lleve a concluir que el actor desempeñaba uno de los puestos de trabajo expuestos de manera continua a sobrecargas caloríficas que sobrepasaban los umbrales límites permisibles en la empresa demandada, para beneficiarse de la prestación que le reclama al ISS.”

FUENTE NORMATIVA: Acto legislativo 01 de 2005, Decreto Ley 1281 de 1994, arts. 2 y 5, Art.15 del Acuerdo 049 de 1990, Sentencia proferida por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, Exp. No.110010325000200200250-01 (5192-02) del 13 de Julio de 2006, C. P. Dra. Ana Margarita Olaya Forero.

FECHA: Mayo 14 de 2014

DEMANDANTE: Manuel Guillermo Muñoz Peñate

DEMANDADO: Administradora Colombiana De Pensiones - Colpensiones

RADICACIÓN: 08-001-31-05-014-2013-00213-01/ **50.486-A**

DECISIÓN: Confirma sentencia apelada.

NULIDAD DE ACTAS DE CONCILIACIÓN-Para su procedencia debe acreditarse en el proceso vicios del consentimiento/**TERMINACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO DE TRABAJO**-Renuncia voluntaria/No se advierte del plenario que el actor sea constreñido a la ruptura del vínculo laboral/**EXCEPCIÓN DE COSA JUZGADA**-Opera respecto de las pretensiones de la actora que fueron ventiladas y aprobadas ante el inspector de trabajo

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: Dr. VICENTE DE SANTIS CABALLERO

Causa Fáctica: En el presente caso, se estudia el recurso de apelación presentado por la parte demandada, quien sostiene que en el presente caso operó la figura de la cosa juzgada, como quiera que las pretensiones invocadas fueron solucionadas a través de la conciliación ante funcionario del Ministerio de Protección Social.

Extractos: “Ciertamente, en la demanda se afirma que el actor fue obligado a renunciar¹⁰, más sin embargo no se hace alusión a la forma en que lo fue, determinante para establecer si ocurrió en desarrollo de algún vicio de la voluntad o del consentimiento, de un lado, y del otro, con relación a la conciliación no se afirma en el libelo que haya sido obligado a celebrarla, limitándose a afirmar que en el mismo día en que se firmó la carta de renuncia, según acta de conciliación # 4657, se signó con la parte demandada un acta de conciliación¹¹, la cual, valga anotarlos sin ambages, es válida hasta tanto no sea anulada, sin que se haya pretensionado su nulidad por la parte demandante, razón por cual conserva su validez, revistiéndose de los efectos de cosa juzgada como pasa a precisarse. En efecto, comportando la cosa juzgada una prohibición para los jueces para resolver sobre un litigio ya definido en sentencia anterior o en conciliación en los que entre las mismas partes se reclamó igual bien jurídico por causas idénticas a las que se refiere el nuevo proceso, no hay lugar a hesitación que en este preciso caso se han dado los elementos constitutivos de ese instituto, por lo que a continuación se describe:

Edificó su decisión la señora Jueza del conocimiento, atendiendo los hechos constitutivos de las pretensiones del demandante¹², en que muy a pesar que en principio la carta de renuncia y la conciliación tendrían validez y efectos de cosa juzgada, no podía desatenderse que el sujeto activo de esta litis se encontraba en situación de **“debilidad manifiesta física y económica”** por el hecho de tener perdida su capacidad laboral al momento de su “supuesta” renuncia voluntaria, lo que conllevó a que presionado indebidamente e ilegalmente por el empleador, la presentara, configurándose un despido sin justa causa. Para justificar tal conclusión esgrimió que en estos casos tal circunstancia generalmente se probaba con la prueba testimonial como carga procesal de aquél, el cual mal podía acudir a la misma por cuanto serían testigos sus propios compañeros, quienes al declarar en contra del empleador común correrían su misma suerte; y frente a la citación que para los mismos efectos hizo del señor Inspector del Trabajo puso de presente que tampoco asistiría a la diligencia para no confesar que suscribió el acta conciliatorio sin conocer al trabajador ni ver por ende el estado físico en que se encontraba; consideró entonces, en esa valoración probatoria de los hechos, que se enfrentaban las palabras de las contendientes entre sí, otorgándole valor a la del demandante por lo dicho en la demanda y en el interrogatorio de

¹⁰ Hecho 17

¹¹ Hecho 18

¹² Que entre cosas fueron objeto de “saneamiento” en su oportunidad ante la indebida forma como fueron presentadas por el apoderado del demandante, a criterio de la funcionaria, anunciando éste que las dividía entonces en principales y subsidiarias según el orden que mencionó (1 y 2); sin embargo sólo se refirió como principales a las de reintegro, pago de salarios y prestaciones, e indemnizaciones derivadas del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, y demás indemnizaciones, sin mencionar las subsidiarias.

parte que absolvió, frente a la del demandado, en atención a que la carta de renuncia fue elaborada en la empresa pues confrontándola con la de aceptación a la misma habían coincidencias en la redacción, fuente y estilo, determinando que fueron elaboradas por la misma persona en la empresa empleadora; es decir, concluyó, que a pesar de haber firmado el documento desconocía lo que en él se consignaba.

Nada más desafortunadas para la Sala las argumentaciones de la funcionaria del conocimiento, que antes que amparadas en la juridicidad parecen producto de su voluntad encaminada a toda costa a acceder a las pretensiones de la parte actora, disfrazadas en principios o apotegmas que no pueden estar por encima de la propia ley y de las consecuencias o efectos que genera el acuerdo de voluntades tendiente a zanjar o precaver un litigio derivado de posibles diferencias que pudieran surgir por la terminación de la relación laboral. Le incumbe al demandante probar los supuestos de hecho de sus afirmaciones, y en tratándose de conciliaciones debe alegar su nulidad y probar el acaecimiento de algunos de los vicios del consentimiento -error, fuerza o dolo-, para lograr restarle a ese acuerdo la seriedad y la responsabilidad de quienes lo suscriben, fuente de paz y de seguridad jurídica, lo que sin lugar a hesitaciones no se logró en este proceso. Ciertamente, la única prueba recaudada, diferente a las documentales aportadas por las partes, fue la del interrogatorio de cada una de ellas, habiendo reconocido la demandante¹³, y aceptado por la funcionaria judicial, que la firma estampada en la carta de renuncia, en el acta de liquidación de prestaciones sociales, en el acta de conciliación, y en el acta de trámite¹⁴, era la suya, como también lo era la huella estampada en la liquidación, lo que de suyo descarta cualquier vicio de la voluntad, haciendo notar que a pesar de ello, es decir, que era su firma, que no fue violentado, coaccionado para tal conducta, no conocía el contenido de lo allí consignado, que lo habían engañado¹⁵ al ofrecerle que cuando se mejorara lo contrataban nuevamente, explicación insuficiente como para pensar que se trató de fuerza o coacción, a más de no estar probada, y sin entidad suficiente para constituir vicio del consentimiento; y frente al acta de conciliación en específico, agregó no conocer al Inspector del Trabajo que la suscribió. No emerge entonces certidumbre, convencimiento que permita inferir siquiera que hubo maltrato a la voluntad del trabajador que lo obligara a firmar su carta de renuncia, no pudiéndose aceptar lo por él dicho en el interrogatorio por cuanto probatoriamente está vedado elaborarse su propia prueba. Es más, entre la fecha de la renuncia, la conciliación y la liquidación de prestaciones sociales, que ocurrió el 25 de julio de 2011, y el acta de trámite adelantado en el Ministerio del Trabajo el 12 de marzo de 2013 ante querrela administrativa laboral presentada por el trabajador y su apoderado, transcurrieron casi dos años, volviendo el operario a reconocer ante un nuevo funcionario administrativo, diferente al que intervino en la conciliación, que la firma puesta en el acta de ella y en la liquidación de sus prestaciones, era la suya, así como su huella.

Pero, aun aceptando en gracia de discusión que la carta de renuncia, comparada con la de aceptación de la misma¹⁶, haya sido elaborada en o por la empresa dadas las inferencias que la jueza del conocimiento efectuó, atrás manifestadas, y cuyo contenido el sujeto activo de la Litis no leyó o no conocía, ha de decirse que ello no prueba la vulneración de la voluntad ni afecta su validez, como tampoco contraviene ninguna norma legal, ni es, per se, indicio de que se esté coaccionado a su signatario, quien al haberla firmado expresó de

¹³ Como se constata en el audio a partir del minuto 31 con 15””

¹⁴ Folios 161, 45, 26 a 27 y 158 a 160 respectivamente

¹⁵ Se refiere al señor Roberto Patiño y a la sra Jovana o Yohana, funcionarios de la empresa,

¹⁶ Folio 43

manera inequívoca su deseo de dar por terminada la relación laboral, **sin que exista siquiera una prueba que permita llegar a tal aseveración**, salvo la propia manifestación del demandante, quien, como ya se dijo, no puede elaborarse su propia prueba. Es más, recuérdese que la jurisprudencia viene considerando, aún en el evento de planes de retiro ofrecidos por las empresas puestos a disposición de los trabajadores para su aceptación o no, que estas pueden hacerlo, sin que tal conducta constituya vicio del consentimiento. Y si bien es cierto que la Sala de Casación Laboral de la Corte consideró en la sentencia del 20 de julio de 2010, Radicado 20070, citada por la Jueza, sostuvo que la renuncia insinuada es ineficaz, no lo es menos que en ese caso preciso se demostró, óigase bien, se demostró a través de la prueba testimonial que al demandante le habían insinuado que firmara su carta de renuncia para evitar el que su hoja de vida se dañara, razón por la cual no pueden tomarse insularmente sus enseñanzas para trasladarla a este caso.

Ahora bien, la señora Jueza, a pesar de considerar que la prueba idónea para probar que el demandante actuó desconociendo lo que firmaba era la testimonial, refiriéndose a la carta de renuncia concretamente, razonó que por simple lógica, y atendiendo las reglas de la experiencia, “al trabajador se le imposibilita presentar testigos porque son sus propios compañeros de trabajo y estos no pueden declarar en contra de su empleador porque salen más atrás del demandante”, conjetura que no puede ser de recibo para la Colegiatura pues la parte interesada debe agotar todos los medios probatorios tendientes a la demostración de su aserto, sin poder presumirse tal conducta del empleador, quien frente a sus trabajadores está en la obligación constitucional y legal de respetar sus derechos laborales, y de no hacerlo se expone al reclamo del afectado por la vía judicial bien para lograr su reintegro, una indemnización por despido sin justa causa, etc. Y toda persona tiene el deber jurídico, con la misma connotación constitucional y legal, de colaborar con la administración de justicia a través del testimonio¹⁷. Recuérdese que el artículo 224 del C.P.C. ordena que cuando el testigo fuese dependiente de otra persona se le informará a su empleador o superior para que le conceda el permiso so pena de la sanción establecida en el numeral 5 del artículo 39 de la misma obra. De tal suerte que tal suposición no tiene respaldo, pudiéndose llegar al absurdo de que en procesos laborales, como en los de familia, v.gr., no se necesite de prueba, bastando la afirmación que se haga por las partes. Ha de recordarse que en esos ámbitos, quienes generalmente tienen conocimiento directo de los hechos son los que se encuentran laborando en la misma empresa, o los miembros de la familia o allegados a ella, calificados por tanto para efectuar declaración respecto de los acontecimientos que sirven de respaldo a las pretensiones, si bien su dicho ha de valorarse con mayor rigurosidad.

Desde otra arista, la más utilizada por la señora Jueza para despachar favorablemente la petición de reintegro, se sostuvo el **estado de debilidad manifiesta física y económica** en que se encontraba el demandante como producto del accidente laboral ocurrido el 22 de junio de 2010 que inicialmente le había arrojado una valoración del 27.80% y al momento de la dictación de la sentencia ya ascendía a 32.80% –hechos que no se discuten-, lo que permitía la aplicación de la presunción legal establecida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 al encontrar que la renuncia no había sido voluntaria sino presionada en forma indebida e ilegal por el empleador, configurándose un despido sin justa causa, materializado aquél estado en la desmejora salarial que tuvo (dejó de percibir las comisiones por viaje), pago de los salarios en forma atrasada (8 o 10 días después), y para la fecha del despido ya había sido calificado por la entidad correspondiente, lo que debía

¹⁷ Artículo 95, numeral 7 C.P. y Artículo 213 C.P.C.

ser conocido por la patronal dado que era obligación de la ARL notificar de tal situación al empleador. Veamos entonces: ciertamente que sufrió una desmejora salarial, pero ello obedeció al accidente y no por culpa del empleador; manifestó el representante legal de la demandada que a todos los trabajadores, con frecuencia se les atrasaba el pago, coincidiendo ese retraso con la fecha en que se liquidaron las prestaciones, sin que aparezca prueba que a los otros trabajadores sí les pagaban puntualmente, como también se reconoce en la sentencia; por último, nuevamente la propia Jueza, como también quedó registrado textualmente hace un momento, admite que no consta en el expediente que a la demandada se le haya notificado de la calificación que le efectuara la ARL SURA, lo que nos releva de cualquier otro comentario. Y es que con relación al estado físico del demandante hay que recordar que el patrono que ha estado efectuando las cotizaciones para el sistema de riesgos laborales, lo cual es una obligación legal, se libera de la prestación económica o de invalidez que resulte de la evaluación que periódicamente ha de hacerse al afectado, sin que se haya demostrada tampoco en este asunto que no las hayan efectuado, habiendo la empresa colaborado incluso en sus permisos para tales efectos. Tan cierto es, que lo están atendiendo por la ARL SURA y hasta ha acudido a la Junta Regional y Nacional de Invalidez, ha recibido las indemnizaciones del caso dependiendo el grado de invalidez que hasta ahora no llega al 50% para tener derecho a la pensión como tal. Y, habiendo demandado a esa administradora, llegó a un acuerdo con ella en la audiencia de conciliación que permitió su desvinculación del proceso. Es decir, la empresa demandada no corría ni correría con las eventuales indemnizaciones o prestaciones a las que se hiciera acreedor el demandante producto de su accidente laboral, como para pensar razonablemente que por el hecho de su incapacidad podían despedirlo. Es más, cuando se recibió el instructivo de reubicación procedieron de conformidad¹⁸, como lo reconoció el operario en su declaración, y se desprende del mismo documento, respecto del cual solo mostró su desacuerdo con las labores de jardinería. En todo caso, no se ha demostrado plenamente, satisfactoriamente, que la renuncia no fuera voluntaria, descartándose, por tanto, que la misma haya sido presionada en atención a su limitación física, lo cual, como lo ha venido sosteniendo la jurisprudencia debe ser acreditado, demostrando el “nexo de causalidad entre la desvinculación del trabajador y su estado de salud o incapacidad.”

Tampoco existe certeza o evidencia, convencimiento, que nos permita arribar a la conclusión a la que llegó la pédanea frente al acta de conciliación No. 4657 del 25 de junio de 2011¹⁹, revisada la cual se observa que las partes que la suscribieron, hoy en esta reyerta jurídica, expresaron, y así quedó consignado, que “comparecieron voluntariamente”, “Solicitan al señor Inspector, les escuche dentro de la Audiencia Pública Especial de Conciliación, a fin de consignar los términos del arreglo laboral a que han llegado las partes”; el demandante expresó que había trabajado hasta ese día -25 de junio de 2011- “fecha en la cual el trabajador presenta su carta de renuncia voluntaria”, y luego de manifestar que durante el tiempo laborado le habían pagado los salarios, primas, vacaciones, depósito de las cesantías, porcentajes por viajes realizados, solicitó una “bonificación” por los servicios prestados. Y termina el acta diciendo que “las partes de común acuerdo manifiestan: estar a paz y salvo por la relación laboral que existió entre ellos tales como: salarios, prestaciones sociales, recargos nocturnos, horas extras, reliquidación de las prestaciones sociales, domingos y festivos, auxilio de transporte, dotación de uniformes, salarios moratorios, indemnización por despido, compensatorios, sanciones por no consignación a las cesantías”, acta que fue aprobada por el Inspector del

¹⁸ Ver folios 40 y 41

¹⁹ Visible a folios 26 y 27

Trabajo al observar, y deja constancia de ello, que “no se vulneran derechos ciertos e indiscutibles”, impartiendo su aprobación y advirtiéndoles que “lo aquí conciliado hace TRANSITO A COSA JUZGADA Y PRESTA MÉRITO EJECUTIVO...”, sin que en todo el curso de la diligencia se observara o anotara por el hoy demandante objeción de alguna naturaleza a lo que allí se disponía, mostrando por el contrario, como acaba de verse, su conformidad plena y absoluta frente a lo conciliado. Mal puede entonces ahora esgrimirse la no presencia de ese funcionario administrativo cuando pudo haberse dejado la constancia del caso, conducta que sí asumió cuando le entregaron el oficio en donde le reasignaban las funciones por disposición de la ARL SURA²⁰, como también debió abstenerse de firmar su carta de renuncia si no estaba de acuerdo con ella. Dicha acta, por demás, es un documento público, suscrito por funcionario competente, provista de presunción de legalidad y sin que fuera tachado de falso oportunamente.”

(...)

Puede decirse entonces, sin temor a equívocos, que del contexto del acta de conciliación mencionada no se desprende que el trabajador estuviese en desacuerdo con su contenido, como ahora pretende valerse, como tampoco se vislumbra que estuviese convencido de que su renuncia no era voluntaria; ella, el acta conciliatoria, más bien refleja la confirmación de un hecho que la precedió, cual fue la renuncia, no avizorándose visos de presiones, o alteraciones de la voluntad, o vicios del consentimiento.

Concluyente es de advertir, que no es cierto, como lo afirma la administradora de justicia, que la conciliación no comprendió, o no se negoció, la terminación del contrato de trabajo como tal, sino tan solo el pago de los salarios y prestaciones no pagadas a la fecha en que se suscribió la misma, toda vez que en la misma acta se ratifica la decisión de la renuncia voluntaria del contrato.

Es de indicar, que con la argumentación expuesta no se hace necesario el estudio de las demás pretensiones en cuanto y tanto ellas dependen de la validez de la carta de renuncia y del acta de conciliación, que como vimos no prosperan.”

NOTA DE RELATORÍA: Esta providencia tiene salvamento de voto parcial de la Dra. Claudia María Fandiño de Muñiz. A continuación los argumentos de su disenso:

*“Me permito expresar mi salvamento de voto frente a la decisión mayoritaria de la Sala, al disentir que en este caso se configura la excepción de cosa juzgada, por cuanto confrontadas las pretensiones formuladas en la demanda que se ventila ante ésta jurisdicción y las reclamaciones que fueron formuladas por el trabajador ante el inspector del trabajo como se dejaron insertas en la redacción del acta que contiene la conciliación número **No. 4657** suscrita por las partes el 25 de junio de 2011²¹, me permite colegir sin dubitación alguna que las partes, en dicha oportunidad, no acordaron dirimir " el reintegro al cargo que le ofreciera las garantías en salud, según las recomendaciones de la ARL (...)por causa de la disminución física causada al trabajador por un accidente de trabajo" , sino que lo solicitado por el trabajador en esa oportunidad fue: “(...) **la liquidación desde el 1° de enero a 25 de julio de 2011 y una bonificación por los servicios prestados**”*

²⁰ Folios 40-41

²¹ Visible a folios 26 y 27

Frente a lo cual declaró" estar a paz y salvo por la relación laboral que existió entre ellos tales como: salarios, prestaciones sociales, recargos nocturnos, horas extras, reliquidación de las prestaciones sociales, domingos y festivos, auxilio de transporte, dotación de uniformes, salarios moratorios, indemnización por despido, compensatorios, sanciones por no consignación a las cesantías", por lo tanto considero que no existe la identidad de causa y de objeto entre lo conciliado y las pretensiones formuladas en el presente proceso, necesarias para que se configure la cosa juzgada en los términos del artículo 332 del CPC.

La Corte Suprema de Justicia ha sostenido que la conciliación debe ser clara frente a los derechos conciliados y no se debe hacer en términos genéricos,

Sobre éste preciso tópico ya se ha pronunciado la Honorable Corte Suprema de Justicia en sentencia de 10 de noviembre de 1995, radicación 7695, traída a colación en otra de 22 de septiembre de 1998, radicación 10805, donde dijo lo siguiente:

"Conviene ante todo precisar que si bien un trabajador puede conciliar su expectativa de pensión jubilatoria que le reconocería directamente su empleadora, cuando no se ha consolidado al momento de la diligencia un derecho cierto en su favor, **esa voluntad de ambas partes debe quedar plasmada de manera inequívoca en el texto del acuerdo conciliatorio, de suerte que no es dable inferirla de expresiones genéricas, vagas o imprecisas, en las que no se evidencie de manera meridiana que fue esa y no otra la verdadera intención de los conciliantes.** Y además debe el funcionario que apruebe dicho arreglo amigable prestar especial atención a los convenios de esa clase para prevenir que con ellos se lesionen derechos indiscutibles de los trabajadores". (Negrilla y subrayado fuera de texto).

Por ello al no cumplirse con los supuestos requeridos para que se configure la figura jurídica de la cosa juzgada, se debió declarar no probada esta excepción y por ende, debía la Sala abordar la definición de estas pretensiones."

FUENTE NORMATIVA: Arts. 1757 C.C., 174, 177, 187, 332 del C. de P.C., Arts. 19, 20 y 78, 60 y 61 del C.P.T.S.S., Ley 640 de 2001, artículo 1º., Ley 446 de 1998, artículo 66, Decreto 2511 de 1998, artículo 30, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral: Sentencias del 14 de febrero de 2001, M.P. Dr. Francisco Escobar Henríquez, Mayo 5 de 2006, radicado 27222, sobre cosa juzgada. 8 de noviembre de 1995, Expediente 7793, y Mayo 8 de 2013, Rad. 38852. Sentencia de la Corte Constitucional, T-774 de 2001 sobre cosa juzgada y T-687 de 2006 M.P. Jaime Córdoba Triviño.

DEMANDANTE: Hernando Enrique Puente Garizabal

DEMANDADO: Transportadores Gandur Numa S.A. y Seguros de Riesgos Suramericana S.A. – A.R.L. Sura S.A.

FECHA: Junio 20 de 2014

RADICACIÓN: 08-001-31-05-015-2013-00001-01/**50239**

DECISIÓN: Revoca sentencia apelada. Declara proba excepción previa de cosa juzgada

3. SALA PENAL

PRUEBA ILÍCITA Y PRUEBA ILEGAL-Diferencias/AUDIENCIA PREPARATORIA-Etapa procesal en la que se debe solicitar la exclusión de las pruebas que considera el procesado ilícitas e ilegales/**PRINCIPIOS DE PROGRESIVIDAD Y PRECLUSIÓN**- Indican que las distintas etapas avanzan superándose los debates que en ellas se causan/ No es posible iniciar una nueva discusión sobre aspectos que debieron ser decantados en audiencia preparatoria, e inclusive en las audiencias preliminares por parte del Juez de Control de garantías

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: Dr. LUIS FELIPE COLMENARES RUSSO

Causa fáctica: En el presente caso, se advierte que el recurrente solicita se revoque la sentencia de primera instancia, bajo el entendido de no existir elemento probatorio alguno que se halla incorporado de manera lícita a la actuación, y que incrimine de manera directa a sus prohijados, por ello, solicita la exclusión de tales elementos de convicción. Seguidamente, alega irregularidades sustanciales en el procedimiento de legalización de captura, e incongruencias en el testimonio de la víctima, sosteniendo por tanto que el a quo, no debió emitir una sentencia condenatoria con base en indicios.

Extractos: “El punto sobre la diferencia entre la ilegalidad y la ilicitud de la prueba y las consecuencias de una y otra ha sido materia de análisis constante por parte de la Honorable Corte Suprema de Justicia, en uno de cuyos pronunciamientos precisó²²:

“En ese contexto, la jurisprudencia de la Sala, ha definido que prueba ilícita es aquella que “se obtiene con vulneración de los derechos fundamentales de las personas, entre ellos la dignidad, el debido proceso, la intimidación, la no autoincriminación, la solidaridad íntima; y aquellas en cuya producción, práctica o aducción se somete a las personas a torturas, tratos crueles, inhumanos o degradantes, sea cual fuere el género o la especie de la prueba así obtenida.”

Que difiere de la “prueba ilegal”, que se genera cuando en su producción, práctica o aducción se incumplen los requisitos legales esenciales. En esta eventualidad, corresponde al juez determinar si el requisito legal pretermitido es esencial y discernir su proyección y trascendencia sobre el debido proceso, toda vez que la omisión de alguna formalidad insustancial por sí sola no autoriza la exclusión del medio de prueba (sentencia del 2 de marzo de 2005, radicado No. 18.103).

Por otra parte, también la Corte Constitucional en la sentencia C-591 de 2005, señaló cuáles eran los eventos en que la ilicitud de las pruebas se traducían en la invalidez del proceso, limitando tal consecuencia a los eventos de crímenes de lesa humanidad como la tortura, la desaparición forzada o la ejecución extrajudicial²³. Así se pronunció la Corte:

“Al respecto la Corte considera, que cuando el juez de conocimiento se encuentra en el juicio con una prueba ilícita, debe en consecuencia proceder a su exclusión. Pero, deberá siempre declarar la nulidad del proceso y excluir la prueba ilícita y sus derivadas, cuando quiera que dicha prueba ha sido obtenida mediante tortura, desaparición forzada o ejecución extrajudicial. En efecto, en estos casos, por tratarse de la obtención de una prueba con violación de los derechos humanos, esta circunstancia por sí sola hace que se rompa cualquier vínculo con el proceso.

²² Sentencia de casación 10 de marzo de 2010, radicado 33621.

²³ Lo cual convalidó en la sentencia T-233 de 2007.

En efecto, tradicionalmente en derecho colombiano se ha entendido que la aplicación de la regla de exclusión no invalida todo el proceso²⁴, sino que la prueba ilícita no puede ser tomada en cuenta al momento de sustentar una decisión. No obstante lo anterior, entiende la Corte que tal principio debe ser exceptuado cuando quiera que se pretenda hacer valer en un juicio oral una prueba que ha sido obtenida en flagrante desconocimiento de la dignidad humana, tal y como sucede con las confesiones logradas mediante crímenes de lesa humanidad como lo son la tortura, la desaparición forzada o la ejecución extrajudicial”.

El debate sobre la legalidad de la prueba está sujeta a doble instancia, por lo tanto es válido aclarar que, si la prueba que ahora pretende el impugnante se tache de ilegal (fotografía vía celular) e ilícita (suscripción de actas de los elementos incautados), y por tanto se excluyan de la presente causa, debió haberla solicitado en la audiencia preparatoria, y en ella tal como consta en audios, si bien se manifestó, no hizo uso de los respectivos recursos de Ley ante la decisión adversa del a – quo, para que la Sala en ese momento hubiese dirimido si tales piezas o diligencias probatorias estarían o no revestidas de legitimidad, por lo tanto esta discusión arriba extemporánea a este evento procesal, siendo que el proceso está regido por los principios de progresión y preclusión, es decir las distintas etapas avanzan superándose los debates que en ellas se causan, es por ello que la Ley le dedica prácticamente la audiencia preparatoria para efectos de dirimir lo concerniente a las pruebas, su legalidad, legitimidad y procedencia.

Agotados tales estancos deviene como se dijo extemporáneo tal discusión sobre las pruebas, de manera excepcional hubiese podido declararse ilícita en el trámite del juicio oral, tal como lo alegó la Defensa, pero dicho evento estaba supeditado al momento en que conoció de la información o la ilicitud que vicia la prueba, de tal manera que conociendo los elementos materiales probatorios desde el inicio de la investigación, equívoco sería afirmar que, solo hasta esta instancia procesal, el apoderado judicial de los enjuiciados tuvo comprensión de la ilicitud e ilegalidad de tales elementos de convicción.

Al respecto, sostuvo la Corte Suprema de Justicia:

“... en los albores del proceso mal se podría solicitar o decretar la exclusión de algo cuya inclusión ni siquiera se ha considerado aún, porque el momento para ello, es precisamente la audiencia preparatoria²⁵” (Subrayado de la Sala).

Ahora bien, no es posible por parte de esta Judicatura, iniciar una nueva discusión sobre aspectos que debieron ser decantados en audiencia preparatoria, e inclusive en las audiencias preliminares por parte del Juez de Control de garantías (esto en cuanto la ilegalidad de la captura), en todo caso, de haberse discutido tales elementos probatorios en la preparatoria, y con base en el principio de proporcionalidad, de hallarse viable la pretensión del quejoso, su consecuencia inexorable era la exclusión, y si la fuente de su contaminación era su ilicitud, no sólo se pudiese haber excluido, sino que, además se hubiese procedido a anular la actuación a partir de la realización de dichos actos.

En cuanto a la ilegalidad del procedimiento de captura, cabe advertir por parte de esta Sala, que tal pretensión resulta a todas luces desbordada de los parámetros legales, y ello por cuanto el legislador fue claro en establecer unos espacios o etapas claras para tales

²⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 1º de febrero de 1993 y auto de 5 de mayo de 1997.

²⁵ Corte Suprema de Justicia, M.P. José Leónidas Bustos, rad. 26562.

efecto, de manera que, pretender en esta instancia procesal se decrete la ilegalidad de un procedimiento cuando existió la oportunidad procesal para ello, raya con el principio de legalidad y la sana lógica, pues se tuvo el espacio procesal para controvertir Lo decretado por el respectivo Juez de Control de Garantías.

Si bien es cierto, quien ahora recurre, no figuró como apoderado judicial en la audiencia de legalización de captura, ello no constituye fundamento lógico alguno para que, ante la omisión del deber como profesional del derecho le asistió a la defensa en esa etapa procesal, ahora se pretenda subsanar un yerro que dependió de la voluntad de aquel individuo, que contó con todos los medios y recursos para cuestionar aquel procedimiento de captura.

Respecto de las pruebas testimoniales que el a-quo, tildó de “paracaídas” y que fueron solicitadas mediante audiencia preliminar, y declarada impróspera la pretensión del actor, refulge cierto que, la decisión emitida por el señor Juez Diecisiete Penal con Función de Control de Garantías, se encontró ajustada a derecho, por cuanto el momento procesal donde debían haberse solicitado la inclusión de dichos testimonios debió ser la audiencia preparatoria. En todo caso, no se desconoce que pese al error de la Defensa de pretender incluir de manera anticipada esos elementos de prueba por medio de un estadio procesal diferente al que la Ley estipula, se le respetó su derecho de solicitar la audiencia preliminar para ello, y así mismo ejercer los respectivos recursos de Ley, ante la decisión adversa que se adoptó.

En este orden de ideas, es claro que no le asiste la razón a la Defensa, por cuanto lo que pretende sea reconocido en esta instancia procesal, iniciando desde el decretamiento de la ilegalidad de la captura de los procesados, seguida de la exclusión de pruebas “revestidas de ilicitud e ilegalidad”, no fueron recurridas en su oportunidad, debiendo indicar este cuerpo Colegiado que en el sistema penal acusatorio que hoy se desarrolla en nuestro ordenamiento jurídico, se caracteriza por ser de partes, y quien recurre pone los límites a la competencia de la segunda instancia, de manera que, no le asisten facultades a esta Corporación para pronunciarse al respecto, salvo como ya se anotó, que el conocimiento de la ilicitud se hubiere presentado en esta etapa.

Así las cosas, y atendiendo al desarrollo que se dio en las diferentes audiencias, al no interponerse ningún recurso sobre las diversas decisiones adoptadas, no puede ahora el defensor solicitar que se revoque una decisión la cual tuvo la posibilidad de reponer y consecuentemente apelar, no pudiendo esta Sala, entrar enmendar los errores de la defensa técnica, más aún si se tiene en cuenta que los términos son preclusivos.

Por otro lado, la Corporación advierte que, el quejoso no puede endilgar o manifestar que los informes realizados por parte de Policía Judicial, respecto de los elementos incautados, están revestidos de ilicitud al haber mediado la violencia física para que fueran suscritas por los procesados, sin prueba o elementos de juicio que soporte o fundamente su dicho. Debiendo resaltar esta Sala que, la Constitución Política en su artículo 83 estipuló que, las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual deberá presumirse de las gestiones que los mismos adelanten.

De manera tal que, al presumirse la buena fe, el recurrente debió probar lo contrario, y no basarse en conjeturas ni suposiciones, ni efectuar afirmaciones sin sustento probatorio alguno, debiendo demostrar por tanto la existencia de los supuestos choques eléctricos y la

violencia física y psicológica a la que fueron sometidos los encartados para la suscripción de las respectivas actas de incautación de elementos, a través de un dictamen de medicina legal, sin embargo, nada de ello se avizora en la presente causa.

De lo anterior se infiere de una manera certera que, de todo documento público se presume su autenticidad, veracidad e idoneidad siempre y cuándo se refute con elementos de convicción que demuestre los equívocos, falencias o irregularidades que pudieren presentar. En el caso particular, hubo la oportunidad de controvertir en las audiencias preliminares por el abogado que asistió los encausados, los informes rendidos por Policía Judicial, por lo cual se recalca, esta Corporación no puede revivir estancos procesales que ya han sido concretados, ello implicaría desconocer las pautas delimitadas por el legislador, y coadyuvar a dilatar la actuación procesal, en todo caso, no le asiste mérito al defensor al indicar que, los informes policiales fueron amañados.

(...)

En el caso de marras, una vez escuchados los audio de manera juiciosa se aprecia que la instalación y realización de la audiencia preparatoria, contemplada en el artículo 355 de la ley 906 de 2004, se cumplió con la formalidad indicadas en dicha normatividad, en la cual a los sujetos procesales se les concedió el debido traslado para la solicitudes probatoria, la exhibición de elementos materiales de pruebas, para que indicaran la pertinencia y conducencia de la prueba que pretendía hacer valer el juicio oral, e igualmente se les otorgó el uso de la palabra para que decretaran la inadmisibilidad, exclusión o rechazo de las pruebas.

Bajo este entendido, si bien es cierto, una vez fundamentada las consideraciones de la falladora de instancia, siendo negadas la solicitud de exclusión probatoria aducida por la Defensa, en cuanto al *“Acta de Captura, Aceptación de armas en sus manos y Reconocimiento de buen trato”*, debió la defensa recurrir la decisión en el desarrollo de la audiencia, tal como lo contempla el artículo 359 de la ley 906 de 2004, en el inciso tercero, el cual reza: *“...Una vez el juez excluya o rechace una prueba, proceden los recursos ordinarios de ley”*. Así las cosas, nada justifica que el apelante haya permanecido inerte ante tal decisión, pretendiendo ahora ante su pasividad que este Tribunal, proceda a pronunciarse respecto de algo de lo cual no se recurrió, pues como se manifestó, la apelación delimita la intervención del ad – quem.

En todo caso, de haberse decretado la ilegalidad e ilicitud de las pruebas aducidas por el impugnante, en nada cambiaría la presente decisión, pues ello no contamina el testimonio del señor DAYRON ALBERTO ROLLONG CANTILLO, víctima de los hechos aquí analizados, y que en últimas viene a ser creíble para esta corporación, y coherente que los demás circunstancias fácticas que envuelven el proceso.

“...ese día en horas de la tarde me encontraba realizando mi labor de mototaxi, cuando uno de los sujetos me pidió en la carretera de la cordialidad que le hiciera una carrera hacia la sede aspros, cuando llegaron al sitio el sujeto me puso un revolver en la espalda y me dijo que le diera más adelante, luego salieron los compañeros del sujeto que llevaba en la moto y uno de ellos le puso el revolver en la cabeza y le dijo que se bajara de la moto y le entregara la plata que tenía... me amarraron en un árbol, me taparon la boca, luego los sujetos huyeron en la moto, como a los 5 min logré soltarme, me dirigí a mi casa y le comenté a mi padre lo que le ocurrió y me trasladé a la policía para presentar el denuncia”

En todo caso, la Sala arguye que, respecto a las pruebas que tuvo el juez para condenar, no hubo ninguna inconsistencia o irregularidad, pues las mismas fueron introducidas legalmente al juicio oral y solicitadas de manera pertinente por el ente acusador, planteando la Fiscalía su teoría del caso con base en el acervo probatorio debidamente recaudado.

Por ello, y ante la licitud que se desprende de tales elementos probatorios, mal habría actuado la falladora de instancia excluyéndolas, siendo las misas válidas para sustentar una sentencia condenatoria como la que aquí se produjo, la denuncia instaurada por la víctima, el informe de captura en flagrancia, el informe incautación del arma de fuego y el informe de balística el cual indicó que el arma se encontraba en condiciones para disparar, resultan válidas para esta actuación, de igual manera se allegó al juicio el acta de incautación de la motocicleta, el testimonio de la víctima de los hechos DAYRON ALBERTO ROLLONG CANTILLO.

Finalmente, se debe aclarar que, las supuestas fotografías de las cuales el señor DAYRON ALBERTO ROLLONG CANTILLO, reconoció a sus victimarios, y que la defensa tacha de ser ilegal, por no haber sido introducidas legalmente al juicio oral, al no haberse llevado a cabo el procedimiento contemplado en los artículos 251, 252 y 253, del C.P.P, esto es, métodos para la identificación de personas, reconocimiento por medio de fotografías y videos, y reconocimiento en fila, tal *“reconocimiento”* hecho por la víctima no puede asimilarse a la diligencia prevista en los artículos referidos en la Ley 906 de 2004, puesto lo que aquí se presentó fue un relato por parte del señor ROLLONG CANTILLO, en el que señaló *“...yo le di aviso a las autoridades, a los diez minutos me muestran fotos de ellos y allí se los llevan”*, es decir, si bien se evidencia, la exhibición de unas fotografías, las mismas no fueron enunciadas por la Fiscalía y tampoco en desarrollo de la audiencia de juicio oral se advierte que hayan sido introducidas.

Lo que se presentó en el caso sub judice fue el testimonio de la víctima, sin que ello implique que su relato frente al supuesto *“reconocimiento fotográfico”*, se haya constituido como un elemento de conocimiento para proferir condena, pues solo se tuvo en cuenta aquellas pruebas presentadas y sometidas al debate en el juicio oral, adecuándose lo actuado en primera instancia al principio de inmediación contemplado en el artículo 379: *“El Juez deberá tener en cuenta como pruebas únicamente las que hayan sido practicadas y controvertidas en su presencia”* y lo dispuesto en el artículo 16 del mencionado ordenamiento: *“En el juicio únicamente se estimará como prueba la que haya sido producida o incorporada en forma pública, oral, concentrada y sujeta a confrontación y contradicción ante el juez de conocimiento”*.

FUENTE NORMATIVA: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia de casación 10 de marzo de 2010, radicado 33621, sentencia del 1º de febrero de 1993 y auto de 5 de mayo de 1997. Corte Constitucional: Sentencia T-233 de 2007.

FECHA: Junio 13 de 2014

RADICACIÓN: 08-638-31-89-001-2012-00389-01/**2014-00018-P-CR**

DECISIÓN: No decreta nulidad. Confirma sentencia apelada.

PECULADO POR APROPIACIÓN-Abogada que agenció derechos de trabajadores a través de actas de conciliación espurias/Materialidad de la conducta/Caso Foncolpuertos/Modalidad de tentativa/ **RESPONSABILIDAD PENAL**-La procesado actuó como determinadora del punible con circunstancias de agravación punitiva

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. JORGE ELIECER MOLA CAPERA

Causa fáctica: En el presente caso, se estudia el caso de una abogada que en representación de extrabajadores de la empresa Foncolpuertos presentó para su cobro actas de conciliación que resultaron contener una falsedad ideológica en su contenido.

Extractos: “En el presente asunto, la abogada Mildred Fanny Uribe Barrios fue acusada por dicho punible en grado de tentativa y en calidad de determinadora, por haber presentado ante Foncolpuertos para su cobro tres actas de conciliación No. 2083, 2091 y 2094, realizadas espuriamente con la Inspectora del Trabajo Dolores Ortega y el apoderado judicial de Colpuertos Freddy González, con fecha 29 de diciembre de 1993, pero que fueron elaboradas en el año de 1998, en las que se conciliaban prestaciones sociales de ex trabajadores de esa empresa por valor de \$22.730.654.516, pero las cuales nunca fueron canceladas en virtud de la investigación penal que se inició.

Empero, a la endilgada le fue acusada dicha conducta en grado de tentativa, toda vez que aunque las actas de conciliación No. 2083, 2091 y 2094, fueron presentadas para su cobro, su pago no se efectuó en virtud que fue ordenado su desglose en virtud de la investigación penal que se inició.

5.2. De los medios de prueba

La Sala observa que dentro del paginario se encuentran varios elementos de prueba que demuestran tanto la existencia del hecho como la responsabilidad penal de la procesada como determinadora del punible de peculado por apropiación:

En primera medida, existe certeza que en efecto la endilgada Mildred Uribe Barrios como abogada litigante presentó para su cobro las actas de conciliación No. 2083, 2091 y 2094, donde aparecen como Inspectora del Trabajo la señora Dolores Ortega y Representante de la empresa Freddy González, puesto que en el expediente militan dichas actas al igual que la misma inculpada en diligencia de indagatoria sostuvo lo siguiente:

“...Hice mi reclamación agotando la vía gubernativa y acompañándola con estos poderes, en la Oficina Jurídica del Terminal Marítimo, allí se me demostró un ánimo de arreglo y es así como después de cuatro meses en donde regularmente en forma semanal me acercaba a estas oficinas hasta que se me manifestó por parte de un funcionario de esa entidad, de que el día 29 de diciembre de 1993 en horas de la mañana me acercara a la Oficina Regional del Trabajo a encontrarme con el doctor FREDDY GONZÁLEZ y es así como me dirigí ese día 29 de diciembre a las instalaciones de la Regional allí pregunté por el doctor FREDDY GONZÁLEZ, y él me respondió y se identificó, me dijo que nos acercáramos a donde la doctora DOLORES ORTEGA quien luego de revisar la documentación presentada por dicho doctor, en tres actas de conciliación impartió su aprobación y procedimos todos a firmarla, son aproximadamente 100 ex trabajadores, entre ellos OSIRIS SOBRINO, ARISTOBULO ACUÑA, RAFAEL MARTÍNEZ, el señor OSVALDO PEREA, quien ya falleció...en cuanto los resultados hasta la fecha no me han cancelado un solo peso, no obstante que en varias oportunidades a partir del 94 hasta el 98

viajé a Bogotá a las Oficina de FONCOLPUERTOS, y no conté con suerte no logré que les pagaran a los trabajadores míos...²⁶. (Subraya fuera de texto).

En ese contexto, la endilgada relató que había representado cerca de 100 ex trabajadores de Colpuertos en tres actas de conciliación, empero, aunque éstas tienen fecha de 29 de diciembre de 1993, uno de los ex trabajadores, esto es, Joaquín Pérez sostuvo que contrató sus servicios en el año de 1997:

“...La doctora MILDRED URIBE y el doctor FREDYS FERNÁNDEZ ellos me dijeron que iban a negociar pero con la Fiduciaria, pero no sé lo que pasó y no hicieron ningún negocio, que yo sepa ellos no han negociado con la empresa Puertos de Colombia, porque yo no he recibido ningún centavo de ellos. Preguntado: dentro de la presentes diligencias, tanto el doctor FREDYS FERNANDEZ como la doctora MILDRED URIBE aparecen con conciliaciones con fecha diciembre de 1993 a su favor, sírvase decir que conocimientos tiene usted de eso, y por qué será que aparezcan (sic) estas conciliaciones si usted dice que dio poder en 1996. Contestó: porque ellos me preguntaban, los abogados de que fecha había salido yo pensionado, por eso, por medio de esa fecha que yo salí pensionado se hicieron los poderes por ejemplo yo salí en el 93, y si iba hacer una demanda la tenía que hacer en la misma fecha, o sea, que yo salí en el 93, cuando yo hice negocios con ellos fue en el año 96, ellos me dijeron que como salí en el 93 era necesario hacer el poder en la misma fecha que yo salí de la empresa, él nos hacía el poder iba a la Notaría a autenticarlo, yo iba solo, yo mismo lo autenticaba y le llevaba el poder autenticado con la fecha de esa misma que ponían allí en la Notaría...”²⁷ (Subraya fuera de texto).

De igual manera, dentro del paginario se encuentra la declaración del Gerente del Terminal Marítimo y Fluvial de la ciudad de Barranquilla, quien afirmó lo siguiente:

“...En sesión de junta, a finales del año 1993, fui autorizado para llevar a cabo los procesos de liquidación y adelantar conciliaciones por procesos laborales y procesos de ley 4ta de 1976 que estaban siendo muy onerosos para la compañía y que se quería detener, pretendiendo con esta conducta un mayor detrimento al Estado a través de intereses y cargas moratorias de estos casos. Es de notar que todos estos casos que se presentaron a estudiar debían cumplir con un requisito fundamental de encontrarse debidamente fallado en las instancias del caso y tener el correspondiente fallo judicial. Es decir, que lo que se buscaba era conciliar el proceso ejecutivo. Recuerdo que en esos momentos existía un presupuesto para estas conciliaciones del orden de los 5.500 millones parte de los cuales estaba autorizado para la entidad que reemplazaría a Colpuertos a partir del 1° de enero de 199, como era el Fondo de pasivos de Colpuertos-Foncolpuertos. Recuerdo, entre otras cosas, que solamente le conferí al doctor Álvaro Serrano Vivius para conciliar no más de 20 reclamaciones por concepto de Ley 4ta de 1976. Que recuerde para esa época, en diciembre de 1993, no se conciliaron otros procesos de orden laboral, si puedo decir que toda la relación de procesos jurídicos fueron inventariados en cada uno de los Juzgados Laborales y Civiles, de la ciudad de Barranquilla y que los mismos fueron debidamente relacionados y entregados al Representante Legal de Foncolpuertos...”²⁸ (Subraya fuera de texto).

Igualmente se encuentra la declaración de Mayron Vergel Armenta, general de la Empresa Puertos de Colombia, quien adujo que:

²⁶ Folios 132-133 C. Fiscalía No. 39.

²⁷ Folios 6 y 7 C. de Fiscalía No. 39.

²⁸ Folio 162 C. de Fiscalía No. 14.

“...La orden que tenía cada Gerente de Puertos era primero hacer un acta de conciliación ante la jurisdicción laboral para poder recibir sus prestaciones laborales y segundo practicar el examen médico que en los archivos de Colpuertos debe reposar una directiva de la gerencia general en donde se decía que para efectos de las liquidaciones o retiro de los empleados se debía practicar el examen médico y firmar un acta de conciliación individual...”²⁹ (Subraya fuera de texto).

Asimismo, dentro de la foliatura milita el memorándum del 20 de mayo de 1993 dirigido por el Gerente General de Puertos de Colombia a los Gerentes de los Terminales Marítimos de Barranquilla, Buenaventura, Cartagena, Santa Marta y Tumaco, en el que se establece entre otros aspectos el de: “4. La liquidación de los empleados se hará acorde con las fechas consignadas en el acta de conciliación. Como consecuencia de ello se deben suscribir actas individuales de conciliación con cada empleado...”³⁰. (Subraya de la Sala).

En este contexto probatorio la Judicatura colige con certeza que las actas de conciliación que la endilgada presentó para su cobro ante Foncolpuertos presentan serias irregularidades que llevan a inferir que son espurias, es decir, que dentro de ellas se presentó una falsedad ideológica, habida cuenta que nunca fueron celebradas el 29 de diciembre de 1993, sino tiempo después con el objetivo de cobrar los valores allí consignados falsamente, y todo ello porque: (i) si bien antes del 31 de diciembre los ex trabajadores de Colpuertos podían conciliar las prestaciones sociales debidas, dicha entidad solo debía efectuar conciliaciones sobre las pretensiones invocadas en los procesos judiciales que cursaban para esa fecha, y en el caso de los clientes representados por la abogada Mildred Uribe Barros, las prestaciones consignadas en las actas espurias nunca fueron suscitadas ante un Juez (tal como ella misma lo indico en la indagatoria); (ii) dichas conciliaciones debían celebrarse de manera individual y no colectivas; (iii) el declarante Joaquín Pérez manifestó que le otorgó poder a la endilgada en el año de 1996, por lo que es totalmente false que haya celebrado acta de conciliación en su nombre el 29 de diciembre de 1993; (iv) las conciliaciones no tuvieron aprobación de la Junta Directiva de Colpuertos.

Así pues, tal como la Sala lo ha reseñado en anteriores providencias, el fraude a Foncolpuertos, mediante procesos laborales, conciliaciones y otros, se ha estimado como la mayor defraudación realizada, en la historia de Colombia, a una entidad estatal y para ello funcionarios de esa empresa – Foncolpuertos –, abogados laboristas, funcionarios y empleados de Despachos Judiciales, Inspectores de las Regional del Trabajo de Cundinamarca y otros, etc, se concertaron para sacarles sumas millonarias, en cantidades inimaginables, y para ello tenía que existir toda una organización o empresa criminal para llevar a cabo todas las ilicitudes necesarias para conseguir sus objetivos desviados, como ocurrió en este asunto, donde la abogada Mildred Uribe Barros, en confabulación con la Inspectora del Trabajo de la Regional Atlántico Dolores Ortega y el abogado de la empresa Fredy González, para realizar dichas actas de conciliación espurias, para presentarlas posteriormente para su cobro y así apropiarse de dineros del Estado.

Aunado a lo anterior, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, al inadmitir la demanda de casación presentada a favor de varias personas vinculadas a esta misma investigación, sostuvo:

“ ...Es indiscutible en este caso, que provistos bien de poderes auténticos o falsos, los abogados incitaron a los inspectores de trabajo para que aprobaran apócrifos acuerdos, a

²⁹ Folios 278 C. de Fiscalía No. 11.

³⁰ Folio 270 C. de Fiscalía No. 11.

sabiendas que su concurso resultaba necesario para apropiarse de los recursos de Foncolpuertos, pues conocían que una conciliación aprobada en todas sus partes por un servidor público produce el traslado patrimonial de los valores conciliados al peculio no solamente del trabajador sino de sus apoderados y de terceros, en tanto constituye una manifestación de la voluntad con relevancia jurídica, que presta mérito ejecutivo y hace tránsito a cosa juzgada, lo que evidencia, a diferencia de lo que predicen los defensores de ..., que la acción ejecutiva se ejecutó, aunque en algunos casos no se consumó por razones ajenas a la voluntad de los partícipes, toda vez que el Ministerio de la Protección Social, Grupo Interno de Trabajo para la Gestión del Pasivo Social de Foncolpuertos, mediante Resolución N° 001 de 31 de mayo de 2000, excluyó de pago las actas objeto de investigación penal.

“Comportamientos estos que encuadran sin hesitación alguna, en el campo de la determinación, como quiera que, se itera, con la intervención de los abogados procesados, se provocó la expedición de actos administrativos que avalaban supuestos acuerdos conciliatorios y ordenaban su pago; grado de participación que para esta clase de ilícitos, como quedó visto con antelación, contempla tanto el Decreto Ley 100 de 1980 (artículo 23) como la Ley 599 de 2000 (artículo 30)”.³¹ (Subraya fuera de texto)

En ese orden de ideas, en virtud que la procesada Mildred Uribe Barros tramitó y suscribió las actas de conciliación, en representación de varios extrabajadores, con el acuerdo de la inspectora del trabajo y el apoderado que representaba a la empresa Puertos de Colombia, se observa que efectivamente realizó actos desplegados con el fin de lograr que Foncolpuertos le efectuara los pagos por las prestaciones sociales allí consignadas, atentando contra el tesoro público, por lo que concurren los elementos del peculado por apropiación, sin embargo, éste no se perfeccionó por circunstancias ajenas a la voluntad de la procesada, pues como ella bien lo afirmó, presentó dichas actas de conciliación para su cobro, pero la empresa nunca le pagó, es decir, que la conducta no quedó en la fase de ideación o preparación, sino que alcanzó la ejecutiva, aquellos era actos idóneos e inequívocamente dirigidos al fin propuesto, y para consumarlo sólo requería que Foncolpuertos dictara la resolución y se le hiciera entrega del dinero.

Así pues, los medios de prueba que militan en el expediente llevan a inferir con certeza la determinación de Mildred Uribe Barros a servidores públicos, Inspector de trabajo y funcionarios de Foncolpuertos en la comisión del peculado tentado, pues ella realizaba la liquidación a favor de sus representados y debido al interés particular de ser beneficiario del incremento patrimonial, y de favorecer a terceros, aprovechándose de su condición de abogada litigante acudió a suscribir la conciliación lo que se convertía en una manifestación de voluntad, con relevancia jurídica, en un acto proferido por un servidor público en ejercicio de sus funciones, que hacía tránsito a cosa juzgada y prestaba mérito ejecutivo.

Amén de lo anterior, le asiste razón a las recurrentes al afirmar que en la conducta de la enjuiciada concurren los elementos del tipo penal endilgado, que a su vez hay prueba en el expediente tanto de la ocurrencia del hecho como de la responsabilidad penal de la abogada Mildred Uribe Barros, como determinadora del punible de peculado por apropiación agravado y tentado.”

FUENTE NORMATIVA: Corte Suprema de Justicia, Sala De Casación Penal, Auto Del 27 De Abril De 2012, M.P. Fernando Alberto Castro Caballero.

³¹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, Auto del 27 de abril de 2012, M.P. Fernando Alberto Castro Caballero.

FECHA: Mayo 14 de 2014

RADICACIÓN: 2014-00085-P-MC.

DECISIÓN: Revoca decisión de primera instancia. Condena por tentativa de peculado por apropiación. Inhabilita para el ejercicio de la profesión y funciones públicas

SOLICITUD DE NULIDAD-Se exhorta a la defensa para que no la realice en contravención de las normas procesales que rigen la materia/**ACTO SEXUAL CON MENOR DE CATORCE AÑOS**-Materialidad de la conducta/**DECLARACIÓN DE LA MENOR VÍCTIMA**- Es expresa respecto de sus datos personales, sobre el conocimiento sobre sus partes íntimas, relatando de manera clara el hecho.

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: Dr. JORGE ELICIER CABRERA JIMÉNEZ

Causa fáctica: En el presente caso, se trata de la comisión de actos sexuales con menor de 14 años iniciados por el cuñado de la víctima, en la casa de su propia hermana, y el recurso de apelación se basa en que la menor jamás manifestó que había sido abusada por el procesado y que el testimonio de la madre del menor es sólo de oídas, y que no puede tenerse como prueba de referencia.

Extractos: “De la nulidad”

Son inocuos los ataques del procurador judicial del procesado, contra la decisión proferida por la Juez de primer grado, en el sentido de no permitirle la réplica al defensor indicando que la norma por medio de la cual se apoya dicha solicitud hace referencia a los turnos para alegar luego de la practica probatoria, no cuando se está sustentando el recurso de apelación; lo anterior habida cuenta que además de lo manifestado por la Juez, al momento de negar tal solicitud, es preciso indicar que la norma procesal penal -ley 906 de 2004- es clara cuando fija el trámite del recurso de apelación contra sentencia, en su artículo 179 enseña:

*“Trámite del recurso de apelación contra sentencias. El recurso se interpondrá en la audiencia de lectura de fallo, **se sustentará oralmente y correrá traslado a los no recurrentes dentro de la misma** o por escrito en los cinco (5) días siguientes, precluido este término se correrá traslado común a los no recurrentes por el término de cinco (5) días...” (Subrayado y negrilla fuera de texto).*

De esta manera es ilógico lo pretendido por el defensor del procesado cuando solicitó a la señora Juez, le conceda el derecho de réplica, para pronunciarse sobre lo manifestado por los no recurrentes, sustentando su solicitud en lo preceptuado en el artículo 443 de la ley 906 de 2004, artículo que se encuentra en el capítulo IV **“ALEGATOS DE LAS PARTES E INTERVINIENTES”**, etapa anterior a la surtida en esa instancia.

De todo lo anterior, se deviene que la solicitud de nulidad se impetró de manera ostensiblemente infundada, puesto que no existen supuestos facticos o legales para haberla presentado, por lo que la Sala exhorta al abogado del defensor, para que se abstenga de efectuar esta clase de peticiones, so pena de hacerse acreedor a las sanciones previstas en el artículo 143 de la Ley 906 de 2004.

Del Recurso

El proceso penal, que hoy revisa la Sala, culminó de manera ordinaria, esto es, que todas las etapas preclusivas y aquellas eventuales se cumplieron a cabalidad, por lo que elemental nos sugiere afirmar que en el marco del juicio oral, se practicaron las pruebas o medios de conocimiento que informaron y sustentaron el fallo condenatorio que se ataca.

Precisado lo anterior, conviene para atender y decidir la postulación del recurrente en contra del fallo condenatorio que por el delito de Actos Sexuales Con Menor de Catorce Años, emitiera el Juzgado Quinto Penal del Circuito con funciones de conocimiento de Barranquilla, el día 23 de enero de 2014, determinar que en su rituario no se fracturó ninguna de las garantías fundamentales al procesado Jesús Alberto López Narváez.

El eje central de la censura que fundamenta el recurso de apelación propuesto por la defensa técnica del procesado tiene que ver con los puntos que, si bien ampliamente fueron descritos en segmento anterior de esta providencia, es oportuno concretar así: (i) La menor nunca dijo en su testimonio que había sido abusada por el procesado; (ii) La pericia médica no dice nada, el sicólogo no puede servir como soporte en este caso, no se tuvieron en cuenta los protocolos; (iii) La madre de la víctima, es un testimonio de oídas; (iv) Respecto a la declaración de Angélica Hernández, considera que se debió calificar respecto a la retractación, no sobre la denuncia; (v) se debió tener como fundamento para fallar el beneficio de la duda; (vi) El agravante que le fue imputado, es inferido no demostrado.

Ha insistido la Corporación, que el recurso de apelación en esta nueva sistemática penal oral, es un acto condición o complejo que comporta ante todo para que sea atendido legalmente, el que éste se proponga por quien tiene interés y a su vez se halle legitimado en la actuación procesal, igual que sea oportuno y que se sustente en debida forma, exponiendo las razones precisas y coherentes con la decisión que se ataca, esto último implica el que no se trate de repetir las mismas alegaciones de cierre, porque fueron contestadas por el Juez.

Para empezar con el cometido funcional que impulsa a esta Sala a solucionar la tensión jurídica que se suscita con la alzada, se debe tener en cuenta que implementado un trabajo analítico y reflexivo se percibe sin dificultad alguna que dentro del marco de la valoración integral de las pruebas que hizo el a quo, éste logró concretar acertadamente que la declaración de la menor víctima era verdadera y respondía a lo realmente acontecido frente al atentado que sufrió a sus protegidos bienes jurídicos de libertad, formación e integridad sexual; manifestaciones que encuentran respaldo coherente en las pruebas periciales y testimonios de los expertos, además porque estos fueron coincidentes en lo esencial con las demás declaraciones vertidas en el proceso penal y porque además no se advirtieron en estos testigos actitudes o motivos que dejaran en evidencia su intención de mentir o acusar falsamente al señor Jesús Alberto López Narváez.

Para demostrar el equívoco de los argumentos del apelante, esta Sala, escucho de manera atenta la declaración de la menor V.P.H.J., ante el Juez de Conocimiento, la cual contó con la presencia del defensor de Familia del ICBF- y la psicóloga de Caivas, de la Fiscalía General De La Nación. En dicha declaración la menor manifestó aspectos generales de su vida tales como su nombre, edad, lugar de residencia, nombre de los padres; expresó sobre el conocimiento que tiene sobre sus partes íntimas, indicando el respeto que se debía tener con ellas; además relató sobre el episodio que hoy nos concita, revelando que la persona la

cual llama “Jesús”, le toco sus partes íntimas, tapándole la boca e insistiéndole que no hiciera nada. Todo ello mientras la madre de la menor se encontraba fuera de la casa. De esta manera, queda claro para esta Corporación, que la ponderación que hizo el juez, se ajusta a los principios que rigen la crítica del testimonio de conformidad con el artículo 402 y siguientes de la Ley 906 de 2004, porque sin que sea importante repetir ese trabajo analítico, dentro del marco de la persuasión racional, el juez se refirió a las circunstancias de lugar, tiempo y modo en que se desarrollan los sucesos criminales, la identificación de los protagonistas de estos, el grado de compromiso del acusado, cual fue el esquema en que Jesús Alberto López Narváez, se deslinda de la licitud y se introduce dentro del campo penal, todo a partir del testimonio de la menor abusada y demás elementos materiales probatorios y evidencia física allegada a este proceso, cuando todos estos apuntan al señor Jesús Alberto López Narváez, como la persona que se aprovechó de la menor V.P.H.J y realizó actos o maniobras sexuales con ella.

Por otra parte, con respecto a que no se encontraron lesiones en el cuerpo de la menor, en la prueba realizada por el médico forense para deducir responsabilidad o no del acusado, tal postulación no implica que la menor, no haya sido víctima de actos sexuales, en el cabal entendimiento que estamos frente a un delito, que dentro de sus elementos estructurales y para predicar su consumación, no exige el legislador penal, que se establezca un derivado físico que revele su comisión, como lo es si los actos sexuales ilícitos dejaron consecuencias perceptibles o secuelas de cualquier tipo, porque el artículo 208 de la ley 599 de 2000, sólo requiere que: *“El que realice actos sexuales diverso del acceso carnal con persona menor de 14 años”* actos mismos que son revelados en el juicio oral, por la menor agredida, con lo cual se prueba que existieron y que de cara a este recuento histórico le bastaba para que estos actos sexuales tuvieran la relevancia jurídica que le otorga la ley de penas, el que se estableciera por la justicia un tocamiento púdico ilegítimo en las partes íntimas de la menor.

En lo manifestado por el apelante, en el sentido que, el sicólogo no puede servir como soporte en este caso, vale decir que este eslabón del dictamen pericial no puede rechazarse *in limine* máxime, cuando se introduce al caudal probatorio en forma legal y sin que exista pruebas, como en nuestro caso, que desautorizan la idoneidad de los testimonios y dictámenes de los peritos psicólogos.

Sobre el tema la Corte Suprema de Justicia señaló:

“En efecto, la Sala³² tiene decantado que en esos casos, las manifestaciones de la víctima ante el médico legista —o frente a otros profesionales, tales como sociólogos, psicólogos, psiquiatras, etc.—, no constituyen prueba testimonial directa, pero que, sin embargo, dicha versión forma parte integral de la prueba pericial por constituir una unidad estructural con el aspecto técnico de la misma, por cuanto las entrevistas realizadas a los agraviados por los respectivos peritos comportan algunos de los elementos de juicio que tiene al alcance éste para elaborar la experticia, de cuyo contenido debe entonces dar cuenta al juzgador, según así se desprende de lo establecido en el inciso segundo del artículo 251 de la Ley 600 de 2000 (Decreto 2700 de 1991, artículo 267).

Aunque, desde luego, como los hechos registrados en esas circunstancias por el perito no tienen origen en una percepción directa de los mismos, esa parte del experticio constituye un elemento de referencia, cuyo poder persuasivo debe ser estudiado, y analizado de

³² Cfr. Sentencias de 28 de septiembre de 2006 y 21 de julio de 2009, radicciones N° 23613 y 32099, respectivamente.

manera razonable el grado de su aporte, teniendo en cuenta, entre otras razones, las circunstancias que rodearon la fuente de su conocimiento, sopesado siempre frente a los restantes elementos de juicio con que se cuenta en el proceso, sin que haya lugar a su rechazo in limine por la sola consideración de su falta de originalidad”³³

De igual manera mediante sentencia de fecha 29 de febrero del 2008, radicado 28.257 M.P. Augusto J. Ibáñez, la Corte Suprema de Justicia estableció:

“En suma, el hecho existió. El argumento según el cual, la incriminación se basa en mera prueba de referencia, no posee fundamento alguno. Veamos en el caso concreto: La exposición lograda en juicio oral, por los expertos, constituye prueba técnica –pericial-, a la que hace relación el artículo 405 del Código de Procedimiento Penal y, como tal se ha de valorar. Si bien es cierto, que tales profesionales no presenciaron los hechos, la menor, como su progenitora fueron valoradas por ellos; eventos, circunstancias y, conclusiones que, fueron sometidos a examen en el curso del juicio oral y, desde ese punto de vista, aportan su conocimiento personal, cumpliendo con lo ordenado por el artículo 402 ibidem...”

Aunado a la exposición clara de tales aseveraciones y al respaldo que brinda los dictámenes periciales, entre ellos el de tipo psicológico que da cuenta del estado de la menor, debe recordarse que los argumentos de la defensa en manera alguna desubican al acusado del estadio donde se desarrollaron los sucesos delictivos y mucho menos lo libran de la autoría del punible de la cual fue sujeto pasivo la menor V.P.H.J., porque se limita a hacer conjeturas sobre lo acontecido el día de los hechos que motivaron la denuncia, que no son más que escuetas manifestaciones, que carecen totalmente de vocación probatoria, para conseguir la revocatoria de la condena.

Sobre las declaraciones de las señoras Amalia Jinete y Angélica Hernández- *madre y hermana de la menor respectivamente, esta última quien también es la mujer del señor Jesús Alberto López Narváez-*, como pudimos observar en el fallo de primera instancia, y verificado los respectivos audios, dichas declaraciones valoradas en conjunto nos ubican perfectamente en el lugar de los hechos, con los mismos protagonistas, declaraciones que sirvieron de sustento para la condena del señor Jesús López Narváez, y que pretende la defensa restarle valor probatorio; por haberse retractado de lo dicho la hermana de la víctima, y porque ambas no estuvieron en el lugar de los hechos; no obstante, tan ligero argumento se pierde en las intenciones fallidas de derribar la sentencia condenatoria, porque el ejercicio realizado por el juez con las pruebas recaudadas fue preciso, en el entendido que valoró acertadamente dichas pruebas, tuvo en cuenta los diferentes aspectos que hoy critica la defensa y luego de dicha ejercicio, concluyó en lo ya conocido.

Es absurdo que el defensor manifieste que el agravante que le fue endilgado al acusado es inferido y no demostrado, cuando aquí nadie discute que la víctima era cuñada del procesado, en atención a que su hermana era la mujer del señor López Narváez, quien tiene con él dos hijos.

Con todo, ninguna de las postulaciones defensivas tienen fuerza suficiente para derribar el continente probatorio. Por todo lo anterior, se confirmará la sentencia recurrida y solo queda por decir que la hipótesis del recurrente no alcanza para sacar enhiesta la

³³ Sentencia de fecha 10 de febrero de 2010, Rad.29755, M.P. Dr. Julio Enrique Socha Salamanca

presunción de inocencia del acusado, que se encuentra altamente lesionada para dar paso a la condena que se le endilga por un atentado a la libertad, integridad y formación sexual de la menor V.P.H.J.”

FUENTE NORMATIVA: artículos 143,179 y 443 Ley 906 de 2004, Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, Sentencias de 28 de septiembre de 2006 y 21 de julio de 2009, raditaciones N° 23613 y 32099, respectivamente. Igualmente, Sentencia de fecha 29 de febrero del 2008, Radicado 28.257 M.P. Augusto J. Ibáñez,

FECHA: Abril 10 de 2014

RADICACIÓN: 2014-00029-00

DECISIÓN: No decreta nulidad. Se exhorta al defensor del procesado para que se abstenga de efectuar esta clase de solicitudes de nulidad, so pena de hacerse acreedor a las sanciones previstas en artículo 143 de la Ley 906 de 2004.

JULIO OJITO PALMA
PRESIDENTE

MARÍA MERCEDES BARRIOS BORRERO
RELATORA