

Boletín del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla



Diciembre 2014 - Enero 2015

Número 31

1. SALA CIVIL-FAMILIA

RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL-Muerte de semoviente/**PERJUICIOS MATERIALES**-Tasación/Determinación de la edad del equino/**PERJUICIOS MORALES**- No existe evidencia que demuestre que el actor haya sufrido un daño moral por la pérdida del semoviente, como tampoco un desarraigo o dolor moral por la muerte del mismo.

MAGISTRADA SUSTANCIADORA: Dra. GUIOMAR PORRAS DEL VECCHIO

Causa fáctica: En el presente caso, el demandante persigue una indemnización de perjuicios por la pérdida o muerte de su caballo con el cual se dedicaba a realizar actos de comercio como la compra y venta de frutas, de lo cual derivaba su sustento. En la alzada, se estudia la forma y tasación de esos perjuicios, especialmente lo relacionado con el lucro cesante en caso de semovientes.

Extractos: “Del caso en cuestión se presume la culpa de ELECTRICARIBE S.A ESP, por cuanto le correspondía demostrar una causa extraña por caso fortuito o fuerza mayor o una intervención de la víctima o un tercero, dado que el servicio que prestan es considerado como una actividad peligrosa, lo que no hizo.

En la sentencia de primera instancia se declararon no probadas las excepciones propuestas por ELECTRICARIBE S.A ESP ya que no fue demostrado algo distinto, a lo señalado en los hechos de la demanda.

Respecto a la ocurrencia del hecho, encuentra la sala que este se encuentra probado por las declaraciones juramentada por los testigos de los hechos así: Señor **Ariel Torres Ospino** (folios 99 a 100) “**CONTESTO:** “iba pasando con sus hijos, iban vendiendo en un carro de mula y les cayó un cable de alta tensión, le cayó al burro y lo mato instantáneamente, (...) yo lo sé porque estaba ahí cerca, yo trabajo en un local ahí mismo donde le paso el caso”. Señor **Gustavo Adolfo Yepes Pino** (folios 123-125) “**CONTESTO:** la guaya de alta tensión del poste del sector donde ocurrió el accidente, le cayó encima del burro de propiedad del señor Ismael y que yo le vendí.” El señor **Armando Freile Lafaurie** (folios 133-134) “**CONTESTO:** eso fue en mayo, pero no se el día exactamente, no recuerdo, eso fue en el 2008, hacen tres años, estando yo en la calle 62 con carrera 18 en una panadería esperando unos compañeros porque nos íbamos a reunir en una asociación de vecinos unidos por soledad, siendo más o

menos las ocho de la noche, sentimos la gente corriendo por que había caído un cable de alta tensión, en eso hubo un estallido, el cable cayó sobre el burro de un carro de mula que tenía un señor que vendía frutas, matando al animal inmediatamente”. El señor **José Méndez Castro** (folios 135 a 136) “**CONTESTO:** todas las personas que estábamos en la reunión pudimos constatar de una explosión que hizo de pronto, se reventó un cable de alta tensión, en ese instante se fue la luz y corrimos a ver qué había sucedido, estábamos allí a quince metros, y pudimos constatar que se había soltado una guaya de alta tensión y le cayó a un burro.”

La existencia del daño se encuentra probada por las declaraciones testimoniales, en las que los declarantes son claros en manifestar haber presenciado y reiteran la muerte del semoviente de propiedad del demandante a causa de la electrocución producida por la caída de una guaya del tendido eléctrico.

Nexo causal.

El nexo causal es la determinación de que un hecho es la causa de un daño. En esa medida, en aras de establecer la existencia del nexo causal es necesario determinar si la conducta imputada al agente generador, fue la causa eficiente y determinante del daño que dicen haber sufrido quienes deciden acudir ante el juez con miras a que les sean restablecidos los derechos conculcados.

Probado el hecho y el daño causado, ahora le compete a la Sala precisar si se encuentra demostrado el nexo de causalidad entre ellas. El nexo de causalidad es un elemento constitutivo de la responsabilidad civil extracontractual, es la relación o vínculo que debe existir entre el hecho, la culpa y el daño causado.

De acuerdo a las pruebas testimoniales aportadas en el proceso y no controvertidas por la parte demandada descritos anteriormente, se logró demostrar que los daños causados a los demandantes, consistió en la electrocución ocasionada por el desprendimiento de un cable del tendido eléctrico, del servicio público de energía prestados por ELECTRICARIBE S.A E.S.P, momentos en que estos transitaban en el vehículo de tracto animal en el que se dedicaban a la venta de frutas, cuando en forma imprevista se desprendió una guaya del tendido eléctrico ocasionándole la muerte al semoviente propiedad del demandante, por lo que se acreditó el nexo de causalidad entre el hecho y el daño.

Ahora, frente al argumento de la parte demandante en su escrito de apelación, al no estar de acuerdo con la condena por perjuicios materiales en la modalidad de daño emergente, por considerarla irrisoria, además indica que si se probaron los perjuicios en la modalidad de lucro cesante y que los perjuicios morales si proceden respecto al semoviente ya que se le tenía un gran cariño y que gozaba del afecto de toda la familia, por lo cual la sala estudiara de fondo la inconformidad respecto los perjuicios materiales y morales.

4. PERJUICIOS MATERIALES.

El daño emergente corresponde al valor o precio de un bien o cosa que ha sufrido daño o perjuicio. Cuando el bien o la propiedad de una persona ha sido dañada o destruida por otra, estamos ante un daño emergente, y la indemnización en este caso será igual al precio del bien afectado o destruido.

4.1 En ese sentido el apoderado de la parte demandante, reclama por concepto de **Perjuicios Materiales (Daño Emergente)**, el valor de la suma de Un millón quinientos mil pesos (\$1.500.000) por la muerte del semoviente (burro) de propiedad del demandante, las lesiones personales sufridas por el demandante y sus hijos y la pérdida de las frutas frescas que llevaba en la carreta para la venta. Al respecto, y teniendo en cuenta el caudal probatorio recopilado en el curso del proceso, esta Sala observa que si bien están consagrados supuestos de hechos que denotan la existencia de un daño, algunos no están cuantificados ni certificados de manera precisa, que no conlleve a error alguno.

Así entonces, con respecto a las lesiones personales sufridas por el demandante y sus hijos, no obra prueba alguna respecto los daños causados a dichas personas, ni de los gastos médicos, de transporte y hospitalarios. En cuanto a las frutas, no se acreditó la pérdida ocasionada por los frutos que de la venta había dejado de percibir, pues no obra en el expediente facturas de compras o documentos equivalentes, ni prueba alguna que infunda certeza y permita tener conocimiento del total de la compra y que productos llevaba al momento del suceso.

En relación con la pérdida del semoviente, la declaración jurada rendida por Gustavo Adolfo Yepes Pino (folio 123 a 125), en la que manifestó haberle vendido el semoviente al demandante por la suma de seiscientos mil pesos (\$600.000) el día 24 de febrero del 2005. Suma la cual resulta creíble y verosímil por las condiciones del deponente y las circunstancias que expresan frente al conocimiento de los hechos, demostrado esta que fue indexada según el IPC, al momento de dictarse el fallo de primera instancia, lo que arrojó el valor a indemnizar por este concepto de \$ 700.214.17. Se considera a todas luces que se ajusta al valor del perjuicio causado como daño emergente.

Para ahondar en argumentos ante la evidencia que no se probó la edad del animal a fin de comprobar su vida útil, la Sala pone de relieve que el mismo demandante en el interrogatorio de parte expresó: **“CONTESTO:** yo lo compre el 24 de febrero de 2005, yo se lo compré al señor Gustavo Yepes, no sé cuántos años tenía el semoviente. (...) **PREGUNTANDO:** sabe usted cuales son las edades más productivas para trabajar de los semovientes. **CONTESTO:** a los seis años, porque el apenas estaba colmillando cuando lo compré, pero cuando estaba trabajando conmigo ya estaba colmillado, ya los tenía completos.”

Enseña las reglas de la Zootecnia que para conocer la edad de un semoviente, se le observa principalmente la dentadura, dependiendo de las piezas que tenga y lo largas que sean. También revisando el pelaje y el belfo.

“El cambio de los dientes incisivos puede comenzar en los incisivos mandibulares (se refiere maxilar inferior) o maxilares (se refiere a maxilar superior) indistintamente, pero siempre por los incisivos centrales o pinzas que sucede a los 2 años y medio, los incisivos medios a los 3 años y medio y los extremos a los 4 años y medio. Los dientes caninos erupcionan a los 4 años y medio o 5 en los machos, en las hembras están ausentes o son rudimentarios.

La estrella dental es una estructura amarillo pardo que aparece en la superficie oclusal a causa del desgaste, tiene forma lineal que luego se torna ovalada y por último redondeada, se ubica hacia vestibular (labial) respecto a la copa dental y luego se desplaza hacia el centro. Esta estructura aparece secuencialmente en los incisivos centrales a los 5 años, en los medios a los 6 años y en los extremos a los 7 a 8 años.

La mancha blanca característica de la estrella dental aparece en los incisivos centrales a los 7 a 8 años y en los medios de los 9 a los 11 años. En los extremos es muy variable y lo hace entre los 9 y 15 años. Las marcas relacionan su forma con el contorno de la superficie masticatoria del diente. Se van tornando pequeñas y redondeadas y se desplazan hacia lingual. A medida que se desgasta el cemento remanente la marca va desapareciendo de la superficie oclusal. Las marcas son ovaladas y grandes en los incisivos centrales hasta los 6 a 7 años, entre los 7 y 8 años se tornan triangulares. De todas formas existen muchísimas diferencias raciales y es una de las características más variables, por lo que no se toma muy en cuenta para la determinación de la edad. Esta apreciación también cuenta para la desaparición de estas marcas, que varía entre los 12 a 20 años en los incisivos centrales dependiendo de la raza.”¹

Con respecto a la información anterior es claro que en el acervo probatorio allegado al expediente no se tiene con certeza la edad del semoviente, en folio 30 se allegó un abono de venta que no tiene fecha de suscripción en la que consta que tenía 6 años, pero que no prueba que edad tenía el semoviente al momento del suceso, se echan de menos fotografías del semoviente u otra prueba del cambio dental, pues solo de la declaración rendida por el demandante, dice haber colmillado todos los dientes, pero esto no da certeza de la superficie dental, ni de la forma del contorno de la superficie masticatoria del diente para poder determinar a ciencia cierta la edad del semoviente y así poder calcular la vida útil y probable. Todo lo expuesto en este acápite lleva a la Sala a confirmar el numeral 3° de la sentencia recurrida, como delantadamente se había anunciado.

4.3 En cuanto al Lucro cesante, de acuerdo al acervo probatorio allegado, si bien es cierto que no puede atribuírsele un promedio diario a las ventas ante la imprecisión de los ingresos, debido a las circunstancias que llevaran a constatar las ganancias diarias que percibía el demandante de una forma razonada, de los testimonios pueden inferirse que el animal era usado para proveer la subsistencia del demandante, quien se dedicaba a la venta de frutas, muy a pesar que estos testimonios indican costos divergentes respecto a las ganancias por las actividades comerciales desarrolladas; los testimonios declaran así las ganancias: Señor **Ariel Torres Ospino** (folios 99 a 100) “**CONTESTO:** No, no puedo decir que se ganaba tanto, porque no sé, lo que si se decir es que se rebuscaba bien porque le echaba toda clase de frutas a la carretilla que llevaba el burro.” Señor **Gustavo Adolfo Yepes Pino** (folios 123-125) “**CONTESTO:** el hacia un promedio diario de \$ 100.000 a \$ 120.000 vendiendo frutas y verduras yo también me dedico a eso y es el promedio que devengo.” El señor **Armando Freile Lafaurie** (folios 133-134) “**CONTESTO:** yo no puedo decir exactamente cuánto era, pero cálculo que eran de cincuenta hasta ochenta o cien mil pesos ganaba el señor porque tenía bastante clientela y era muy popular. El señor **José Méndez Castro** (folios 135 a 136) “**CONTESTO:** yo no podía saber cuánto ganaba, pero sí sé que cargaba su burrito lleno de frutas.”

Con lo anterior se denota la incongruencia de los valores de ganancias que según los testigos percibía el demandante, sus dichos son vagos, especulativos, sin soporte real, lo que lleva a la Sala a señalar que no se probó, con la requerida certeza, el monto de los ingresos que representa el negocio de la comercialización de frutas y verduras, no se determinó el número de frutas y verduras, en procuras de determinar el total de precio y ganancia; mucho menos se aportaron documentos como facturas de compra, ni cuáles eran los costos diarios en compra a los proveedores, como tampoco dio a conocer el capital que se debía invertir para generar las supuestas ganancias. Respecto a lo argumentado por la apoderada del

¹ **Estimación de la Edad Dentaria en el Equino.** Cristina González Dra. en Medicina y Tecnología Veterinaria. <http://www.vet-uy.com/articulos/equinos/050/0017/eq017.htm>, Octubre dos (2) de 2014 3:20 pm.

demandante, que dichas compras de la mercancía en el mercado mayorista de Barranquillita, las realizan sin que medie o realicen contratos escritos o facturas, solo es de forma verbal en una negociación rápida, es del caso aclararle que tampoco existe prueba de esas negociaciones verbales que realizaba el actor, ni la cuantía, periodicidad, calidad, cantidades que lleven a inferir el monto de la inversión e ingresos que pretende probar.

Pese a todo, la sala estima que no obstante no haberse acreditado el monto de un promedio calculable para las ventas diarias, no puede desconocerse que todos los testigos son coincidentes en afirmar que del producido diario de las ventas de frutas devenía la subsistencia del actor y de su familia. Todo lo cual lleva a inferir que el ingreso mensual, estaría al menos en el orden del salario mínimo de la época. Para ello no se tomara la vida probable del animal sino el tiempo que la ausencia de este, le impidió obtener el provecho económico al demandante, que en este caso sería desde el momento que ocurrió el hecho hasta el momento probable en que cambiaría de actividad económica o compraría otro semoviente, el cual se calcula prudentemente en 6 meses.

Por lo anterior el lucro cesante se tasaría desde el 27 de Mayo de 2008, día en que ocurrió la muerte del semoviente hasta los seis (6) meses siguientes, por el valor del salario mínimo legal mensual vigente para la época (\$461.500) y el IPC para la fecha correspondía a 97,62 y se debe indexar a la fecha de emisión de la sentencia de segunda instancia, la cual fue proferida en fecha Noviembre de 2014, tomándose entonces el Índice de Precios al Consumidor del mes de Septiembre, que a la fecha, es el último certificado por el DANE y el Banco de la República de Colombia.² Correspondiendo entonces a la suma de (\$555.429), para un total de (\$3.332.574).

$$\text{Lucro Cesante} = \$ 461.500 \times \frac{117,48858}{97,62} = \$ 555.429$$

5. PERJUICIOS EXTRAPATRIMONIALES.

(...)

En resumen, los Perjuicios Morales son susceptibles de reparación en la medida en que resulten plenamente acreditados. En el caso subjudice, del acervo probatorio obrante en el expediente no existe evidencia que demuestre que el actor haya sufrido un daño moral por la pérdida del semoviente, como tampoco un desarraigo o dolor moral por la muerte del mismo. Como ya se advirtió en los casos de la pérdida de un bien mueble, como lo es el semoviente, es necesario que la prueba del daño moral causado por la pérdida de este sea tan apreciable, que cree en el juzgador la certeza de ese daño, no obstante el demandante solo se limitó a decir que hacia parte de su familia, que se le compraban los alimentos y se le tenía el cuidado necesario, sin lograr probar lo mínimo al respecto, pues lo que se demostró fue que el semoviente era utilizado como carro de tracción animal dedicado al comercio de las frutas, pero no se probó que la muerte de este haya causado ese profundo dolor que se alega.”

FUENTE NORMATIVA: Artículo 2341 y 2356 Código Civil, Sentencia de 17 de noviembre de 2011, M.P. William Namén Vargas, Ref: 11001-3103-018-1999-00533-01

²<http://obiee.banrep.gov.co/analytics/saw.dll?Go&NQUser=publico&NOPassword=publico&Path=/shared/Consulta%20Series%20Estadisticas%20desde%20Excel/1.%20IPC%20base%202008/1.2.%20Por%20año/1.2.2.%20Total%20nacional&lang=es&Options=rdf>

DEMANDANTE: Ismael Enrique Cerra Chico

DEMANDADO: Electricaribe S.A E.S.P.

FECHA: Noviembre 26 de 2014

RADICACIÓN: 08-001-31-03-001-2009-00200-01

DECISIÓN: Confirma Parcialmente Decisión

LESIÓN ENORME-Prescripción de la acción rescisoria/Sólo opera a partir del registro de la escritura de venta/ **PACTO DE RETROVENTA**- Cumplida la condición resolutoria, no se requiere de escritura pública de resolución de contrato, pues éste queda resuelto por ministerio de la Ley/ **FACULTAD DE RECOBRO**- Si el vendedor no hace uso de ésta se concreta la venta pura y simple por el cumplimiento de la condición resolutoria.

MAGISTRADA SUSTANCIADORA: Dra. **VIVIAN VICTORIA SALTARÍN JIMÉNEZ**

Causa Fáctica: En el presente caso, el actor pretende que se rescinda el acto de venta de un inmueble por el cual recibió un precio ínfimo por debajo de la mitad del justo precio del inmueble, y solicita que el demandado le restituya éste, libre de hipotecas y otros gravámenes.

Extractos: “La lesión enorme, como se sabe, encuentra consagración legal en el art. 1947 del Código Civil, según el cual *“El vendedor sufre lesión enorme cuando el precio que recibe es inferior a la mitad del justo precio de la cosa que vende; y el comprador a su vez sufre lesión enorme, cuando el justo precio de la cosa que compra es inferior a la mitad del precio que paga por ella...El justo precio se refiere al tiempo del contrato.”*; que permite *“...al comprador contra quien se pronuncia la rescisión, ...a su arbitrio, consentir en ella o completar el justo precio con deducción de una décima parte; y el vendedor, en el mismo caso, podrá a su arbitrio consentir en la rescisión, o restituir el exceso del precio recibido sobre el justo precio aumentado en una décima parte”*; figura respecto de la cual ha señalado la Corte Constitucional, que *“La lesión enorme no constituye una institución de aplicación generalizada en nuestro derecho civil, y se ha consagrado como un instrumento adecuado de control y defensa del principio de equidad...”*³.

De la señalada disposición, se infiere que esta figura constituye una garantía para lograr el equilibrio contractual, dado que permite que con posterioridad a la realización del contrato de compraventa, pueda cuestionarse el precio estipulado por las partes, como última oportunidad para reivindicar el derecho de la parte que haya sufrido lesión económica, con ocasión de haberse determinado un precio de venta que no consulte los valores ordinarios del mercado, en detrimento de uno de los contratantes.

Ahora bien, conforme lo establece el artículo 1954 del Código Civil, *“La acción rescisoria por lesión enorme expira en cuatro años, contados desde la fecha del contrato”*; término que es de caducidad y no de prescripción; aspecto sobre lo cual la H. Corte Suprema de Justicia, señaló:

“...retomando la tesis planteada en la sentencia de 6 de mayo de 1968, la Corte insistió en que el plazo señalado en la hipótesis prevista en el referenciado precepto normativo,

³ Sentencia No. C-222/94, M.P Dr. Antonio Barrera Carbonell

corresponde a “un término de **caducidad** que, en cuanto tal, fija precisa y fatalmente el tiempo durante el cual debe ejercitarse la acción”; que en el susodicho supuesto, “el transcurrir del tiempo se comporta, por sí mismo, como una condición sustancial para su ejercicio”; que contrario a la prescripción, “su fijación no puede quedar supeditada (...) al arbitrio del demandado”, de modo que “vencido el cuatrienio consagrado en el artículo 1954 del Código Civil, sin que se hubiese ejercitado la acción, se extingue tal facultad de manera automática”, particularidad que “permite al juez decretarla de oficio, sin que deba esperar actos complementarios derivados de la actitud asumida por el demandado”, pues, como de suyo corresponde al fenómeno de la caducidad, el contratante “sabe de antemano que cuenta con un determinado tiempo para ejercitar su acción, sin que la expiración del mismo halle justificación en su dejadez, sino en el mero vencimiento del aludido plazo” (sent. de 23 de septiembre de 2002, exp. 6054).⁴.

a) Del pacto de retroventa en el contrato de compraventa.-

Dispone el artículo 1939 del Código Civil, que “*Por el pacto de retroventa el vendedor se reserva la facultad de recobrar la cosa vendida, reembolsando al comprador la cantidad determinada que se estipulare, o en defecto de esta estipulación lo que le haya costado la compra*”; norma de la cual se infiere que “...*el pacto de retroventa significa la conclusión de una venta sometida a una condición resolutoria para el comprador y potestativa para el vendedor del dominio de la cosa vendida. La condición consiste en que el vendedor, declare, antes de vencerse el plazo estipulado o el legal, que resuelve readquirir el dominio que transmitió, ofreciendo devolver el precio de la compra o el estipulado. En tales circunstancias, tenemos que el comprador ha adquirido un derecho sometido a una condición resolutoria...Y como cumplida una condición resolutoria, se extingue el dominio retroactivamente con arreglo a los principios generales, se deduce que en los casos en que el pacto de retroventa produce efectos, en verdad no ha habido dos compraventas de la cosa, sino una sola, es decir, la primera*”. Significa lo anterior que, cumplida la condición resolutoria, no se requiere de escritura pública de resolución de contrato, pues éste queda resuelto por ministerio de la Ley. Así mismo, si el vendedor no hace uso de la facultad de recobro, se concreta la venta pura y simple, por el cumplimiento de la condición resolutoria.

Estipula el art. 1943 que “*El tiempo en que se podrá ejercer la acción de retroventa no podrá pasar de cuatro años contados desde la fecha del contrato*”; con lo que establece un término máximo legal de caducidad de dicha acción, que la partes, en uso del principio de autonomía de la voluntad, pueden estipular en uno de menor tiempo.

b) Análisis del caso concreto.-

Sea lo primero indicar que en el presente proceso, se allegó prueba documental demostrativa del contrato de compraventa con pacto de retroventa realizado entre las partes demandante y demandada; y es así como a folios 5 al 8 del cuaderno principal, aparece un ejemplar de la Escritura Pública No.733 otorgada ante la Notaría Única del Círculo de Sabanalarga-Atlántico, en fecha 7 de Julio de 1997; en cuya clausula tercera convinieron pacto de retroventa por el término de un (1) año, contado a partir del otorgamiento de dicho instrumento público.

⁴ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de Diciembre 13 de 2006. Exp.47001310300219990038501. M.P. Pedro Octavio Munar Cadena.

Cabe señalar además, que la parte demandada presentó excepción de mérito que denominó “*Prescripción de la acción rescisoria por lesión enorme*” fundamentada en las circunstancias que dan lugar a la caducidad de dicha acción, conforme a lo preceptuado por el art. 1954 del Código Civil, que el juez a-quo declaró probada con esa misma denominación, lo cual pasa a ser objeto de análisis; y en caso de encontrarse ajustados los supuestos fácticos invocados por vía de excepción a aquellos dispuestos en la norma en comento, que ameriten declarar probada la caducidad de la acción, la parte pertinente de la providencia impugnada habrá de ser modificada y proferida la decisión en la forma que legalmente corresponde.

En este sentido, observamos que el contrato de compraventa cuya rescisión se pretende, fue celebrado por demandante y demandado en Julio 7 de 1997, fecha en la cual otorgaron la escritura pública de venta; y es a partir de esa época en que se comenzaría a contabilizar el término de caducidad de la acción de rescisión por lesión enorme, pues el artículo 1954 del Código Civil dispone que éste se cuenta “...desde la fecha del contrato...”; lo que encuentra su fundamento en el artículo 1602 ibídem, según el cual “*Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes...*”; de manera que una vez perfeccionado comienza a irradiar efectos para quienes en el mismo intervinieron. En este sentido, no asiste razón al impugnante, cuando señala que el término de caducidad de la acción de marras debe computarse desde el registro de la escritura pública en el folio de matrícula inmobiliaria del bien dado en venta, pues la finalidad del registro es materializar la transferencia o afectación del derecho de dominio, y publicitar tales actos ante terceros; pero tales actos comprometen a quienes los efectuaron, desde la época en que ello aconteció, independientemente de aquella en que se inscriban en el registro público.

No obstante, dado que en este caso se convino pacto de retroventa por el término de un (1) año, contado a partir del otorgamiento de la Escritura Pública No.733 de Julio 7 de 1997, ante la Notaría Única del Círculo de Sabanalarga-Atlántico, el término de caducidad de la acción que ahora nos ocupa, debe comenzarse a contar es una vez transcurrido ese año, puesto que en virtud de tal pacto, la venta estuvo sometida a una condición resolutoria que venció en Julio 7 de 1998; y como quiera que el vendedor no hizo uso de la facultad de recompra, es a partir de esta última fecha en que la compraventa se tornó pura y simple, y por ende, es desde esa época en que comenzó a transcurrir el término de los cuatro (4) años de la caducidad de dicha acción, conforme a lo previsto en el art. 1954 del Código Civil; términos que vencieron en Julio 7 de 2002, por lo que en la época en que se presentó la demanda, en Noviembre 20 de 2003, ya la acción había caducado, por lo que la presentación de la demanda y ulterior notificación del auto admisorio de la misma, ninguna incidencia tienen en la concreción de este fenómeno jurídico, pues ya se había estructurado la caducidad cuando el libelo incoatorio fue presentado.

En este orden de ideas, aun cuando la parte demandada denominó erróneamente la excepción, pero la fundamentó en los supuestos fácticos de que trata el art. 1943 del Código Civil; y en esa misma forma fue declarada demostrada por el juez a-quo, la sentencia de primer grado habrá de ser confirmada, pero modificándole el término utilizado para declarar demostrada la excepción de mérito de caducidad, que fue la que realmente propuso el polo pasivo en este caso.

En torno a los alegatos en que se sustentó la impugnación, menester es indicar que si bien es cierto que vendedor y comprador, en la misma escritura de compraventa celebraron un contrato de arrendamiento respecto del inmueble objeto de dicha transacción, este contrato

ninguna relevancia tiene para la contabilización del tiempo de caducidad de la acción por lesión enorme, puesto que de una parte es ésta una convención distinta e independiente de la de compraventa, que cuenta con sus propias características, modo de cumplimiento y de terminación, y particularidades fácticas y legales propias; y por ende, se trata de una negociación que no guarda relación alguna con el contrato de compraventa y tampoco lo afecta.”

FUENTE NORMATIVA: Artículos 1947 y 1954 Código Civil, Corte Constitucional: Sentencia C-222/94, Corte Suprema de Justicia, Sentencia 13 de diciembre de 2006, M.P. Dr. Pedro Munar Cadena.

DEMANDANTE: Alfonso De Jesús Araujo Moreno

DEMANDADO: Manuel Antonio Jiménez Castellano

FECHA: Noviembre 21 de 2014

RADICACIÓN: 08-638-31-89-003-2010-00472-01/ **37.663**

DECISIÓN: Confirma parcialmente la decisión recurrida.

RESPONSABILIDAD MEDICA POR CIRUGIA ESTÉTICA-No se demostró violación a la *lex artis*/**CULPA CONTRACTUAL**-No se logró demostrar un acto quirúrgico que fuera negligente o que se hubiera actuado con impericia y descuido/**RIESGOS QUIRURGICOS**-Fueron informados a la paciente y consentidos por ésta

MAGISTRADA SUSTANCIADORA: Dra. SONIA ESTHER RODRIGUEZ NORIEGA

Causa fáctica: En el presente caso, la parte demandante pretende que se declare civilmente responsable a un profesional de la medicina por los presuntos perjuicios que le fueron causados con ocasión de los procedimientos quirúrgicos que le realizó la demandada, aduciendo que se vio precisada a someterse a nuevas operaciones para tratar de corregir “*los efectos negativos*” de la intervención inicial.

Extractos: “Alega la parte actora, que si bien en un inicio los resultados de la intervención quirúrgica fueron favorables “*aparentemente*” (hecho segundo) y que quedó “*contenta porque no tenía mucho busto*” y se lo aumentó (interrogatorio de parte), los inconvenientes se presentaron con posterioridad cuando empezó a sentir *hormigueo, ardor y dolor en la herida de la abdominoplastia y en los senos*, que el *hilo* utilizado por la Dra. CURE ORFALE en las cirugías cuestionadas, según le refirieron otros especialistas, “*eran de mala calidad porque no eran absorbentes, razón por la cual se presentaron en su cuerpo síntomas de irritación y hormigueó (sic) ya que al no absorberse el hilo estaba buscando por donde salir*”, así mismo indicó que empezó a sentir “*síntomas similares a corrientazos, calambres, y punzadas que se reflejaban en todo su abdomen*”, y se vio obligada a someterse a diferentes operaciones “*para tratar de reconstruir los efectos negativos, tales como la cicatriz de Abdominoplastia que quedó sobre la cicatriz de cesárea y que estaba muy alta al igual que el ombligo que quedó en una posición muy alta, y el seno izquierdo que quedó en un posición inadecuada*”, y a otra cirugía para la extracción de la “*malla de hilo*” que se le había colocado por la demandada para “*arreglarle los músculos*”, toda vez que los hilos “*por su textura totalmente rígida le estaban causando tantas molestias*”.

Para acreditar las anomalías antes señaladas, la parte actora allegó: “*memoria de los hechos redactada por la demandante*” (fl.9-14), de la cual se observa que no se encuentra suscrita

por la señora OSIRIS ELENA GARY JIMENEZ, en tanto la misma no tiene estampada rúbrica alguna; de igual forma se aportó la orden de las cirugías practicadas por la demandada en fecha 20 de mayo de 2004, (fl.15-16 cdno principal) documentos que junto con los aportados por la parte demandada, permiten la acreditación del acuerdo de voluntades. También se allegó “AUTORIZACIÓN, REGISTRO Y DESCRIPCIÓN DE INTERVENCIÓN QUIRÚRGICA”, referente a la cirugía que le fue practicada en 2007 por el Dr. HERIBERTO VARGAS (FL. 17) y “AUTORIZACIÓN, REGISTRO Y DESCRIPCIÓN DE INTERVENCIÓN QUIRÚRGICA”, referente a la cirugía que le fue practicada en 2010 por el Dr. HERIBERTO VARGAS (fl. 19), junto con la epicrisis y demás documentos afines a la Historia Clínica de la paciente.

De otra parte, fueron aportadas sendas fotografías que obran de folio 29 a 45 y que según aduce la parte actora “*demuestran el mal trabajo efectuado por la demandada*”, no obstante la mismas no ofrecen valor probatorio para la Sala pues como documentos privados, padecen de varias deficiencias, entre ellas, que no puede determinarse a ciencia cierta en qué fecha fueron tomadas, aspecto que se torna relevante si se tiene en cuenta las múltiples oportunidades en que la actora fue intervenida quirúrgicamente, pudiéndose únicamente colegir como pauta temporal, que ellas corresponden a una fecha anterior a la presentación de la demanda puesto que a ésta fueron adosadas.

En la misma línea del párrafo anterior, se advierten deficiencias en la prueba obrante a folio 48 y que el apoderado de la parte demandante identificó como “*muestra del hilo utilizado en la operación efectuada por la Doctora DIANA CURE ORFALE, y muestra del hilo Mobnocryl que ella afirmó haber utilizado y no utilizó en dicha operación*” como quiera que de ella no puede determinarse a ciencia cierta, si en efecto corresponde o no al hilo utilizado en las cirugías cuestionadas.

En este punto, colige la Sala que de las pruebas documentales aportadas por la parte actora para acreditar su dicho respecto a la mala praxis que se le endilga a la galeno encartada, no puede desprenderse que el acto médico realizado por la misma se haya efectuado de manera deficiente y sin los cuidados y saberes requeridos para el efecto, y peor aún, sin sujeción a los lineamientos de la *lex artis ad hoc*, hecho que se anticipa, no fue acreditado en modo alguno por la parte actora puesto que tampoco las pruebas testimoniales que solicitó y que fueron recepcionadas por el a-quo, logran acreditar su dicho respecto de los procedimientos quirúrgicos que le fueron practicados.

El Dr. HERIBERTO VARGAS VILORIA, que intervino quirúrgicamente a la demandante en los años 2007 y 2010, esto es, tres (3) y seis (6) años posteriores a las cirugías practicadas por la demandada, rindió testimonio al interior de la Litis, declaración que reposa a folios 82-86 del cuaderno de pruebas, siendo imperioso para la Sala a lo largo de estas consideraciones, traer a colación apartes del contenido de esa declaración.

En diligencia de primero de agosto de dos mil doce (2012) el cirujano HERIBERTO ANTONIO VARGAS VILORIA preguntado si recordaba haber atendido en consulta a la demandante, precisó que para mitad del año 2007 atendió en su consultorio a la señora OSIRIS GARY “*y le encontré que presentaba cicatrices anchas hipertróficas y la mama izquierda deformada. Le informe que para solucionar parte del problema tenía que llevarla a cirugía y aprovechaba la situación operativa para researle las cicatrices de una antigua cirugía de pared abdominal la operé en el hospital metropolitano y le practique resección de todas las cicatrices más*

reconstrucción de mama izquierda que estaba deformada porque el bolsillo donde iba la prótesis se distendió y se llenó (sic) de fibrosis.”

De igual forma el galeno refirió que para el año 2010 la demandante, vía telefónica le comentó las molestias que venía presentando en su pared abdominal, *“que consistía en puyas en la mitad del abdomen cuando se sentaba o manejaba su auto”*, por lo que se vio precisado operarla y encontró *“que la sutura que le colocaron desde la apófisis xifoide hasta el pubis sutura de nailon y que el extremo de ella estaba encapsulado y eso era lo que le molestaba se la retiré...”*.

Interrogado sobre si la sutura por el mencionada fue producto de qué intervención quirúrgica, contestó: *“Ese tipo de sutura debe colocarse para que actúe como mecanismo físico para unir dos músculos que para la reconstrucción abdominal están abiertos y que la función de ellos es unirlos por el borde interno, operación que se le practicó a ella fue abdomino plastia”*, y frente al interrogante de qué clase de hilos se utilizan en la abdominoplastia, adujo que para la preparación de los músculos que están abiertos es necesario colocar un *“sutura que no se absorba que esté todo el tiempo ahí que se llama nailón (sic), dermalon, o prolenee inclusive seda...”*, y así mismo afirmó que la sutura encontrada a la demandante en la cirugía que le practicó, sí correspondía *“a las características de cualquiera de los elementos de sutura factible en el tipo de operación realizada”*.

Frente al cuestionamiento de si las operaciones que le practicó a la demandante en los años 2007 y 2010 tenían por objeto corregir errores de anteriores operaciones, indicó: *“ahí lo que se encontró fue una cicatriz gruesa y que las suturas que se encontraron son las que se utiliza pero que la paciente manifestó una sensación de dolor o parestesia del umbral del dolor, entonces hablar de que hubo un error o una mal técnica operatoria no lo puedo confirmar, me encontré patología que en dicho procedimiento pueden presentarse dependiendo del tejido de la paciente como mecanismo de respuesta, esos nomás”*

Los anteriores extractos de la declaración rendida por el Dr. HERIBERTO VARGAS VILORIA, no logran acreditar el dicho de la actora en el sentido que se vio precisada a someterse a nuevas intervenciones quirúrgicas para paliar los “errores” que le atribuye a la cirugías practicadas por la demandada, frente a lo cual conviene recordar que la paciente mostró su descontento con el resultado de las intervención quirúrgica a la que fue sometida, por las siguientes circunstancias:

- a) Presentó sensaciones de irritación y hormigueo que asoció, según las manifestaciones que aduce haber recibido de otros especialistas, a los hilos que se utilizaron en la operación y que no eran absorbentes.
- b) Que tuvo que someterse a diferentes cirugías para tratar de reconstruir los efectos negativos tales como:
 - La cicatriz de la abdominoplastia que quedó sobre la cicatriz de la cesárea.
 - El ombligo que quedó en una posición muy alta.
 - El seno izquierdo que aduce, le quedó en una posición inadecuada.
 - La extracción de la *“malla de hilo”* que se le había colocado por la demandada para *“arreglarle los músculos”*, toda vez que los hilos *“por su textura totalmente rígida le estaban causando tantas molestias”*

Verificado en conjunto el caudal probatorio, la Sala no encontró respaldo alguno que se asociara con el dicho de la actora acerca de una ineficiente praxis médica por una indebida utilización de las suturas, pues de las pruebas allegadas al plenario se extrae con suma claridad que los “hilos” utilizados por la Dra. DIANA AMIRA CURE ORFALE eran los indicados para el procedimiento adelantado, y que su calidad de “absorbentes” o “no absorbentes” dependería del plano quirúrgico donde debían utilizarse, al respecto la cirujana demandada en interrogatorio declaró:

“es importante aclarar que durante el procedimiento no se usa un solo tipo de sutura sino que de acuerdo los protocolos quirúrgicos establecidos, cada plano o cada zona se utiliza un tipo específico de sutura...” “...todas las suturas o hilos que existen en el mercado son de buena calidad, pues están avalados por las autoridades correspondientes, pero más allá de esto, hay suturas que no se tiene que reabsorber, pues son colocadas, con el fin de plicar la pared abdominal y si se reabsorbiera se perdiera la aplicatura realizada”

La anterior declaración es corroborada con el testimonio del Dr. VARGAS VILORIA en algunos de los apartes que fueron transcritos precedentemente, donde éste manifestó que la suturas que encontró al practicar las cirugías a la paciente, sí correspondían a las utilizadas en ese tipo de operaciones, y así mismo indicó que las “parestesias” (que significa hiposensibilidad, hipersensibilidad y dolor) (preguntado respecto del “hormigueo” “ardor” y “dolor”) “se presentan cuando se despegan la piel y la grasa de los tejidos profundos, porque se cortan las terminaciones nerviosas que llegan hasta la piel” y así mismo afirmó que éstas sí se pueden presentar en una abdominoplastia.

Las anteriores declaraciones también coinciden con el dicho del perito BASILIO HENRIQUEZ TEJADA en aclaración y complementación (fl. 182-187), donde el mismo depuso que en la actualidad los hilos de sutura más utilizados son, el Prolene, el Nylon y el Monocryl, que se usan para suturar “tanto en profundidad como en superficie”, y así mismo indicó “todas esas suturas han recibido la aprobación del INVIMA” y son aceptados y utilizados “como suturas de buena calidad que brindan mucha confianza al cirujano”.

En lo que concierne al tema de la cicatrización, tampoco se advierte de las pruebas allegadas la mala praxis médica que se le enrostra a la Dra. CURE, en tanto lo indicado por la actora en el sentido que “la cicatriz de la abdominoplastia que quedó sobre la cicatriz de la cesárea y que estaba muy alta” fue un asunto que ya habían tratado las partes y en lo que ambas coinciden en interrogatorio; así, la galeno indicó: “en cuanto a la cicatriz, la nueva y la anterior, resaltar que no fue posible unificarlo debido al talle largo y a la cicatriz baja se planteó realizar esto en un futuro” por su parte la demandante manifestó: “y le pregunté en ese momento de unir la cesárea con la cicatriz que ella me había hecho con la abdominoplastia y me explicó que era muy pronto porque no había elasticidad”, y acerca del proceso de cicatrización de la demandante, el Dr. VARGAS VILORIA, respondió afirmativamente al inquirírsele respecto a las cicatrices hipertróficas y si las mismas junto con la reacción tisular a cuerpo extraño son riesgos y complicaciones inherentes al procedimiento de abdominoplastia, y a su turno el perito BASILIO HENRIQUEZ TEJADA señaló: “se concluye como respuesta que las cicatrices hipertróficas abdominales y las reacciones a cuerpo extraño, si son riesgos inherentes y/o complicaciones que se dan en una cirugía Abdominoplastia”.

De otra parte, la demandante se duele que su *“ombbligo quedó en una posición muy alta”*, circunstancia que tampoco tiene asidero probatorio alguno, encontrándose mayor credibilidad en el dicho de la Dra. DIANA CURE, al manifestar que: *“el ombbligo nunca se movió de su posición inicial”* declaración que ha de mirarse en consonancia con lo apuntado por el Dr. VARGAS VILORIA que operó a la demandante en los años 2007 y 2010, éste dijo: *“yo le practiqué recepción de la cicatrices hipertróficas que tenía en mama y pared abdominal incluido el ombbligo y no le cambie de lugar”*... *“ella es una paciente de una estatura considerable y que macroscópicamente el ombbligo no estaba desubicado”*.

En lo que concierne a lo dicho por la parte actora respecto a la posición *inadecuada* del seno izquierdo, encuentra la Sala que con tal circunstancia tampoco logró acreditarse que la cirujano encartada no actuó con la diligencia del caso y que en virtud de ello se hubiere desencadenado la desafortunada situación que padeció, pues recuérdese que en un inicio y según la propia manifestación de la señora OSIRIS GARY los resultados fueron favorables, e incluso estaba *“contenta porque no tenía mucho busto”* y se lo aumentó. En esta línea, huelga traer a colación un extracto del testimonio del galeno VARGAS VILORIA así: *“diga si de acuerdo a la literatura médica la contractura capsular y las cicatrices hipertróficas periareolares son riesgos y complicaciones inherentes al procedimiento quirúrgico de mamoplastia de aumento. CONTESTO. La paciente tuvo contractura capsular como mecanismo de defensa ante un cuerpo extraño por su forma de cicatrización, el desplazamiento de la mama izquierda tendría que burlársele(sic) otra causa, tendría que preguntársele a la paciente si esos se le infectó o nó (sic), o porque se presionó la mama o porque dormía boca abajo, para confirmar el desplazamiento que tuvo ella”*, declaración frente a la cual la Sala precisa recordar que en los hechos de la demandada se dijo que *“posteriormente”* la demandante comenzó a sentir síntomas similares a *corrientazos*, calambres y punzadas que se reflejaban en todo su abdomen, al punto de no poder estar sentada de manera recta por mucho tiempo, ni conducir el automóvil, ni otra actividad que implicara la inclinación del cuerpo, *ni acostarse boca abajo*, siendo que lo subrayado fue denunciado por el testigo como posible causa del desplazamiento de la mama; así mismo, el testimonio del Dr. VARGAS también guarda relación con lo expuesto por el perito BASILIO HENRIQUEZ respecto de la contractura capsular y las cicatrices hipertróficas *“como riesgos inherentes a toda cirugía de Mamoplastia de Aumento”*, de donde logra colegir la Sala que tampoco se acreditó, en cuanto a este tópico, que en las cirugías cuestionadas hubiere mediado una mala praxis médica.

Respecto a la extracción de la *“malla de hilo”* que se le había colocado por la demandada para *“arreglarle los músculos”*, como quiera que los hilos *“por su textura totalmente rígida le estaban causando tantas molestias”*, encuentra la Sala que tal hecho tampoco puede ser tomado como resultado de inadecuados procedimientos por parte de la facultativa, pues como se desprende de testimonios como el del Dr. VARGAS VILORIA y el del perito BASILIO HENRIQUEZ los hilos utilizados están avalados para tales fines y precisamente su finalidad era la de permanecer en el cuerpo sin ser absorbidos, siendo que la sutura que se le había colocado a la demandante *“malla de hilo”* presentaba encapsulamiento y *“que las suturas que se encontraron son las que se utiliza pero que la paciente manifestó una sensación de dolor o parestesia del (sic) umbral del dolor, entronices (sic) hablar de que hubo un error o una mala técnica operatoria no lo puedo confirmar, me encontré patología que en dicho procedimiento pueden presentarse dependiendo del tejido de la paciente como mecanismo de respuesta, esos nomás.”*

Así las cosas, resulta claro para la Sala que la infracción al deber de cuidado y diligencia que se le atribuyó por la parte demandante a la demandada para alegar el incumplimiento del contrato, no tienen la virtualidad de prosperar, y al no haberse demostrado la culpa contractual como requisito *sine qua non* de este tipo de responsabilidad, es forzoso concluir que la pretensión indemnizatoria de la parte actora está llamada al fracaso, máxime cuando las probanzas que permitieron determinar la ausencia de culpa, igualmente contribuyen a sentenciar que tampoco se encontraba acreditado el requisito de causalidad toda vez que a los padecimientos de que se duele la parte actora, en modo alguno puede atribuírsele su génesis a un actuar descuidado y negligente de la Dra. DIANA CURE, lo que se suma a frustrar las pretensiones de la demanda y de contera a confirmar la sentencia de primera instancia por las razones aquí esbozadas.”

FUENTE NORMATIVA: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 5 de noviembre de 2013, Rad. 2005-00025, M.P. Dr. Arturo Solarte Rodríguez.

DEMANDANTE: Osoris Elena Gary Jiménez

DEMANDADO: Diana Amira Cure Orfale

FECHA: Diciembre 15 de 2014

RADICACION: 08-001-31-03-013-2011-00183-01/ **38.377**

DECISION: Confirma por las razones expuestas en este proveído la decisión de primera instancia.

2.SALA LABORAL

ACUMULACIÓN DE TIEMPOS DE SERVICIOS EN ENTIDADES PÚBLICAS- Suma de los periodos cotizados en cajas o fondos de previsión social con los aportes realizados al ISS/**RÉGIMEN DE TRANSICIÓN-** Aplicación del Acuerdo 049 de 1990/Nuevo Criterio de la Corte Constitucional en sede de Unificación

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: Dr. OMAR ANGEL MEJÍA AMADOR

Causa fáctica: En el presente caso, la Sala aplica el nuevo criterio establecido por la jurisprudencia constitucional que permite obtener una pensión de vejez bajo el Acuerdo 049 de 1990 pero sumando no sólo los tiempos cotizados al ISS sino a cualquier fondo público de previsión social.

Extractos: “No se controvierte en esta instancia que el Instituto de Seguro Social reconoció pensión de vejez al demandante a partir del uno de diciembre de 2010, pensión que fue liquidada en los términos del artículo 21 de la Ley 100 de 1993, tomando como I.B.L. la suma de \$2.058.101.00, como se desprende de las Resoluciones Nos. 16418 de 11 de noviembre de 2010, 1564 de 21 de septiembre de 2011 y 2004 de 29 de noviembre de la misma anualidad, todas proferidas por el I.S.S. (fls. 9 a 18).

Con la demanda se aportaron las Resoluciones anteriormente mencionadas, en las que consta, entre otros aspectos, que el actor cotizó directamente al I.S.S. un total de 928 semanas (fls. 9 a 18); copia del bono pensional a favor del demandante expedido por el Ministerio de Defensa Nacional por los periodos del uno de febrero de 1969 al uno de agosto de 1973, con el que se acredita que el demandante laboró al servicio de la Armada un total de 4 años y 6 meses (fls. 19 y 20); copia del bono pensional expedido por el Ministerio de

Hacienda y Crédito Público a favor del demandante, por el tiempo que este laboró al servicio de CORELCA del 17 de septiembre de 1973 al 21 de diciembre de 1976 y del 16 de marzo de 1977 al 19 de enero de 1980, para un total de 6 años, 1 mes y 11 días (fls. 21 a 23); copia del resumen de semanas cotizadas por empleador, actualizada a 27 de junio de 2012, con lo que se prueba que a favor del demandante se cotizaron un total de 929.43 semanas, por parte de empleadores privados y como trabajador independiente (fls. 26 a 29).

Por otro lado, se observa que el juez de primera instancia llegó a la conclusión que el demandante es beneficiario del régimen de transición pensional contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, aspecto este no controvertido en esta instancia, sin embargo, consideró que no le son aplicables los beneficios del artículo 20 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, ya que, dicho precepto normativo solo permite acumular los tiempos cotizados ante el I.S.S.

El recurso de apelación se centra en establecer si en aplicación del régimen de transición consagrado en el Artículo 36 de la Ley 100 de 1993, puede serle reliquidada la pensión de vejez al demandante aplicándole las tasas de reemplazo establecidas en el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año.

De oficio el Despacho incorporó al expediente la historia laboral de la demandante proveniente de la página web de la demandada, la cual reposa a folios 59 a 63, en la que se indica que el demandante tiene un total de 929,43 semanas cotizadas.

(...)

En cuanto los beneficiarios del régimen de transición, la Corte Constitucional en sentencia SU - 769 de 2014, dispuso que es permitido acumular tiempos de servicios en entidades públicas cotizados en Cajas o Fondos de Previsión Social con los aportes realizados al Instituto de Seguros Sociales, aplicándoseles para ello lo normado en el Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año, en la sentencia referida esa Corporación puntualizó:

“... para obtener la pensión de vejez en virtud del artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, es posible acumular tiempos de servicios tanto del sector público cotizados a cajas o fondos de previsión social, como del sector privado cotizados al Instituto de Seguros Sociales. Esto, por cuanto dicha disposición no exige que las cotizaciones hayan sido efectuadas exclusivamente al seguro social y porque la aplicación del régimen de transición solamente se limita a los tres ítems previamente señalados, donde no se encuentra aquel referente al cómputo de las semanas, requisito que debe ser determinado según lo dispuesto en la Ley 100 de 1993.

...

Específicamente sobre el régimen contenido en el Acuerdo 049 de 1990, la aplicación de este principio implica que, la entidad o autoridad responsable deberá acumular los tiempos cotizados a entidades públicas para contabilizar las semanas requeridas, atendiendo dos razones: (i) la falta de aplicación de las normas previstas en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 harían nugatorios los beneficios que se derivan del régimen de transición y, en consecuencia, del régimen anterior al cual se encuentra afiliado el peticionario; y (ii) el artículo 12 del mencionado acuerdo no exige que las cotizaciones se hayan efectuado de manera exclusiva al Instituto de Seguros Sociales”.

En cuanto al reconocimiento intereses moratorios cuando se trata de reajustes a las mesadas pensionales por reconocimiento judicial, la Honorable Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral, en sentencia de 30 de julio de 2000 Rad. 13.717 M.P Luis Gonzalo Toro Correa, sostuvo:

*“... el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 “hace referencia al no pago total de la mesada pensional, y en el caso que nos ocupa es por un reajuste equivalente a un 0.42%, producto de no acoger la empleadora el tiempo real laborado por el actor”, debe decirse que dicha interpretación es la que se acomoda a la disposición en cita, puesto que, en verdad, **aquellos proceden sólo en el caso que haya mora en el pago de las mesadas pensionales, pero no cuando, como en este asunto ocurre, lo que se presenta es un reajuste a las mismas por reconocimiento judicial.**”*

En el caso bajo estudio, la Sala acogerá el criterio expuesto por la Corte Constitucional en la sentencia SU - 769 de 2014, pues, es el más favorable a los intereses del demandante, aunado a que se trata de una sentencia de unificación proferida por el máximo órgano de salvaguarda de la Constitución Política. En consecuencia, se declarará que el demandante es beneficiario del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la ley 100 de 1993 y por ende, su pensión de vejez debe ser reconocida con fundamento a lo dispuesto en el Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año, al serle esta la norma más favorable.

Establecido lo anterior, encuentra la Sala que el demandante cotizó ante el I.S.S. un total de 929.43 semanas como se evidencia a folios 26 y 59 del expediente. Así mismo, existen dos bonos pensionales a su favor, uno expedido por el Ministerio de Defensa Nacional y otro por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, con los que se prueba que laboró para el sector público un total de 10 años, 7 meses y 11 días, distribuidos así: 4 años y 6 meses al servicio de la Armada y 6 años, 1 mes y 11 días al servicio de CORELCA, para un total de 553 semanas y, de esos periodos el I.S.S. solo tuvo en cuenta al momento de reconocer la pensión un total de 6 años, 1 mes y 11, como se evidencia a folio 9 del expediente. Luego entonces, tiene la Sala que al acumular los tiempos efectivamente cotizados al I.S.S. y aquellos respecto a los que se expidieron los bonos pensionales, el actor tiene reflejadas en toda su vida laboral un total de 1.482.43 semanas.

Así las cosas, de conformidad con el artículo 20 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de esa misma anualidad, el demandante tiene derecho a que sobre el I.B.L. de \$2.058.101.00 reconocido por el I.S.S., el cual no es punto de discusión en este proceso, se aplique una tasa de reemplazo del 90%, debido a que acumuló más de 1.250 en toda su vida laboral, asistiéndole derecho a la reliquidación pensional solicitada.

Esta Corporación procedió a realizar los correspondientes cálculos aritméticos encontrando que desde el uno de diciembre de 2010 al 30 de noviembre de 2014, existe una diferencia pensional a favor del demandante por valor de \$28.745.688.82, suma que se obtuvo de hallar el mayor valor existente entre la tasa de reemplazo del 65% reconocida por el I.S.S. y la del 90% reconocida por esta Sala. Así mismo se precisa que el valor de la pensión de vejez del demandante para el año 2014 es de \$2.070.051.74. Los valores reliquidados deben ser debidamente indexados. Los valores anteriores fueron obtenidos con la colaboración de la actuario asignada a la Sala por el C.S.J.

En cuanto al reconocimiento y pago de intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, se absolverá a la demandada del pago de estos, por cuanto el objeto de

litis en el presente proceso fue la reliquidación de mesadas pensionales que ya habían sido canceladas por el I.S.S al gestor del proceso, y no la mora u omisión en el pago de las mismas o de cualquier otra prestación social.

Como la sentencia apelada absolvió a la demandada, se revocará la misma y su lugar se accederá a la reliquidación solicitada, monto que debe ser debidamente indexado a la fecha de su pago y se absolverá a la demandada de las demás pretensiones de la demanda.”

FUENTE NORMATIVA: Artículo 48 y 53 Constitución Política, Art. 21 C.S.T., Art. 36 y 288 Ley 100 de 1993, Acuerdo 049 de 1990, artículo 20, Sentencia SU-769 de 2014 Corte Constitucional, Corte Suprema, Sala Laboral, Sentencia de 30 de julio de 2000, Rad: 13.717 M.P. Luis Gonzalo Toro Correa.

FECHA: Diciembre 1 de 2014

DEMANDANTE: Miguel Ángel Sanjuán Gutiérrez

DEMANDADO: ISS en liquidación - Hoy Colpensiones

RADICACIÓN: 08001-31-05-004-2012-00455-01/**51.112-A**

DECISIÓN: Revoca decisión de primera instancia. Declara que el demandante es beneficiario del régimen de transición.

INTERMEDIACIÓN DE LAS COOPERATIVAS ASOCIADAS DE TRABAJO-No puede utilizarse como una forma de burlar los derechos de los trabajadores/ **INDEMNIZACION POR DESPIDO INJUSTO Y REINTEGRO**-No son pretensiones excluyentes

MAGISTRADA SUSTANCIADORA: Dra. KATIA VILLALBA ORDOSGOITIA

Causa Fáctica: En el presente caso, se pretende determinar si entre el actor y las demandadas existió una relación laboral, o si por el contrario, los servicios personales que él prestó responden a la condición que ostentaba como trabajador asociado de la C.T.A. COENLAZAR.

Extractos: “Antes de iniciar las consideraciones tendientes a brindar una solución de fondo a la presente causa, ha de indicarse que no le asiste razón al apelante EUROMARMOL, cuando sostiene que estamos en presencia de un defecto formal consistente en la existencia de pretensiones excluyentes. A saber, el reconocimiento de una indemnización por despido injusto, y al mismo tiempo la solicitud de reintegro.

Sobre el particular se hace necesario aclarar que dentro del petitum de la demanda tales pretensiones no se encuentran enfrentadas, toda vez que la solicitud de reintegro no hace parte del mismo. Un examen juicioso de la decisión proferida por el a quo, simplemente exhibe que este al considerar que el actor se hallaba en estado de incapacidad al momento de dársele por culminado el desarrollo de sus servicios, dicha decisión resulta ineficaz debido a su condición física de debilidad manifiesta. Luego, no es cierto que estemos ante una inepta demanda por indebida acumulación de pretensiones. Y se reitera que la decisión del fallador de primera instancia al considerar que existían elementos suficientes para declarar la acción de reintegro, no tiene la vocación de estructurar una indebida acumulación de pretensiones.

En ese orden no está llamado a prosperar dicho argumento expuesto por parte de la demandada EUROMARMOL, en su recurso de apelación.

Es menester advertir que los apelantes coinciden al señalar que el demandante durante el tiempo que desarrollo actividades en la empresa EUROMARMOL, no estuvo sometido a los rigores propios de una relación laboral, habida cuenta que las tareas desarrolladas por él no eran las atribuibles a un trabajador dependiente, sino que las mismas correspondían al marco jurídico de las personas afiliadas a las C.T.A. En ese orden las pretensiones del actor carecen de asidero jurídico, debido a que aun cuando persigue la aplicación de prerrogativas propias de los trabajadores dependientes, conforme a los parámetros del C.S.T. Las mismas no le son endilgables, dada su condición de trabajador asociado a COOENSALZAR.

Bajo la anterior premisa fáctica, resulta imperativo analizar la naturaleza, el marco y la finalidad de las cooperativas de trabajo asociada, a efectos de establecer si le asiste razón al demandante, o a los apelantes.

Sobre el particular tenemos que la ley 79 de 1998 en su art. 70, definió las cooperativas de trabajo asociado como aquel tipo de organización en donde se vincula el trabajo personal de quienes se encuentran asociados a ella; para la producción de bienes, ejecución de obras o prestación de servicios.

Dicha premisa pone de manifiesto que el objeto de las cooperativas de trabajo asociado no se circunscribe al mero suministro de mano de obra, o personal operativo a distintas empresas. No, las C.T.A., desde sus inicios propendían por el verdadero desarrollo de bienes, ejecución de obras, prestación de servicios para satisfacer necesidades de los asociados y del conglomerado. Pero en modo alguno ello puede asimilarse al envío de trabajadores en misión para que desempeñen actividades en las distintas empresas con las cuales las C.T.A., en este caso COOELAZAR, tenía suscrito un vínculo comercial.

El artículo 3° del decreto 4588 de 2006, es del siguiente tenor.

“Son organizaciones sin ánimo de lucro pertenecientes al sector solidario de la economía, que asocian personas naturales que simultáneamente son gestoras, contribuyen económicamente a la cooperativa y son aportantes directos de su capacidad de trabajo para el desarrollo de actividades económicas, profesionales o intelectuales, con el fin de producir en común bienes, ejecutar obras o prestar servicios para satisfacer las necesidades de sus asociados y de la comunidad en general”.

Así es claro en primer lugar que las C.T.A., parten de la igualdad entre sus distintos asociados, quienes con sus aportes y trabajo se constituyen en el pilar fundamental de la misma, a través de las actividades que anteriormente enunciamos. Sin que tal circunstancia, pueda ser asimilada a una simple tarea de provisión de mano de obra operativa, para las empresas que requieran personal en sus procesos productivos.

Reiteramos entonces que las normas anteriormente enunciadas ponen de manifiesto que las cooperativas de trabajo asociado no son un ente al cual se le permita comportarse como un intermediario laboral, y tampoco como una empresa de servicios temporales destinada al envío de trabajadores en misión.

Y es que el art. 17 del mencionado decreto 4588⁵, restringe en forma taxativa tal conducta por parte de las C.T.A. En ese sentido es claro el tenor del art. 17 del decreto 4588 de 2006, al establecer que las C.T.A., no pueden comportarse como vehículos para incurrir en intermediación laboral. Así como tampoco es una posibilidad aceptable, valerse del trabajo de los asociados para utilizarlo como mano de obra que se envía a empresas, en calidad de trabajadores misionales.

A juicio de la Sala, la declaración rendida por la representante legal de la demandada COENLAZAR, pone de manifiesto que ciertamente estamos en presencia prácticas constitutivas de intermediación laboral, por cuanto aquella es clara al indicar en su declaración, que al personal que se iba vinculando, lo suministraba como mano de obra a empresas tales como EUROMARMOL. Se extiende explicando que se enviaba mano de obra operativa no calificada a la demandada EUROMARMOL, a efectos que fuera parte del proceso productivo de esta, dado que COENLAZAR desarrollaba actividades misionales con sus trabajadores asociados, en las instalaciones de dichas empresas, a través de los contratos de prestación de servicios celebrados entre ambas personas jurídicas.

Las razones expuestas por la interrogada, están en consonancia con lo establecido en el literal a) del art. 6 del Acta de Constitución de la C.T.A. COENLAZAR, en donde se ratifica el propósito de suministrar trabajadores como mano de obra en otras empresas usuarias (fl. 161). De suerte que en este estadio resulta inequívoco considerar que estamos ante un evidente caso de intermediación laboral, de conformidad con el art. 17 del decreto 4588 ibídem.

*“... () **Sección de trabajo asociado.** Llevar a cabo contratos o convenios con cualquier tipo de entidad, trátase de pública, empresas privadas, del sector cooperativo o cualquier otra con el fin de suministrar trabajadores asociados para apoyar las labores que desarrollen las empresas o clientes y para la prestación de servicio bienes y ejecución de obras por parte de la Cooperativa a través de los asociados en el suministro de trabajo calificado y no calificado”.*

Entonces si bien dicha interrogada manifiesta que ante el advenimiento de las leyes 1429 de 2010, 1450 de 2011 y el decreto 2025 de 2011, y la prohibición que allí se contempló respecto a la posibilidad de que las C.T.A., desarrollaran actividades misionales, tornó inoperable el esquema de trabajo cooperativo tal y como estaba siendo concebido, derivando ello en la liquidación de la C.T.A., demandada.

A juicio de la Sala tal argumento no es de recibo, dado que la prohibición estipulada para impedir que las C.T.A., fungieran como una empresa de servicios temporales enviando trabajadores para desarrollar actividades misionales, en las instalaciones de terceros contratantes, como es el caso de EUROMARMOL, no fue una innovación del legislador en el año 2011.

No, desde la expedición del decreto 4588 del año 2006, existía dicha prohibición, de suerte que es claro para este fallador que las demandadas, incurrieron con pleno conocimiento en prácticas constitutivas de intermediación laboral; por lo que acertó el a quo, al declarar la responsabilidad solidaria por parte de ambas demandadas. Máxime si se tiene en cuenta que

además de dicho marco normativo, la jurisprudencia ya para el año 2006, también se pronunciaba en el sentido de atacar estas prácticas constitutivas de intermediación laboral.

Y ejemplo de ello es la sentencia proferida por la Sala de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia, en sentencia 25713 del año 2006, en donde censura dichas prácticas:

“Esa conducta no cuenta con respaldo jurídico y constituye una reprochable tergiversación del objetivo que persiguió la ley al permitir el funcionamiento de esos entes cooperativos, en los que debe prevalecer real y efectivamente, mas no sólo en apariencia, el trabajo cooperado y mancomunado de los trabajadores que de manera libre hayan tomado la decisión de organizarse para desarrollar su capacidad laboral.

Por esa razón, cuando se ha contratado a una cooperativa de trabajo asociado para que preste un servicio, ejecute una obra o produzca determinados bienes, es claro que en el evento de que los trabajadores que adelanten la ejecución de las actividades en desarrollo del respectivo contrato se hallen sin duda sujetos a una subordinación típicamente laboral respecto del beneficiario del servicio, de la obra o de la producción de bienes, deberán ser considerados como sus trabajadores para todos los efectos legales, por concurrir allí los elementos que configuran una verdadera relación de trabajo, como con acierto lo concluyó en este caso el Tribunal, lo cual es fiel trasunto del principio de la primacía de la realidad, elevado hoy a rango constitucional por el artículo 53 de la Constitución Política.

Y no podrá considerarse legalmente en tales eventos que la subordinación laboral que se ejerza sobre los asociados que haya enviado la cooperativa para el cumplimiento del contrato sea adelantada por delegación de ésta porque, en primer lugar, en la relación jurídica que surge entre el trabajador cooperado y la cooperativa de trabajo asociado no puede darse una subordinación de índole estrictamente laboral por cuanto esa relación no se encuentra regida por un contrato de trabajo, según lo dispone el artículo 59 de la Ley 79 de 1988, y, en segundo lugar, porque la posibilidad de delegar la subordinación laboral en un tercero la ha previsto la ley para otro tipo de relaciones jurídicas, como las surgidas entre una empresa usuaria y una empresa de servicios temporales, calidad que, importa destacar, no puede asumir una cooperativa de trabajo asociado por ser sus funciones legales diferentes a las del envío de trabajadores en misión...”

Teniendo en cuenta los anteriores argumentos, la Sala estima que no resulta necesario entrar a examinar la existencia de los elementos tales como subordinación y salario, con ocasión de la actividad personal desarrollada por el actor, tal como lo plantean los apelantes, para efectos de tener el pleno convencimiento de estar ante un caso en el cual se incurrió en prácticas constitutivas de intermediación laboral, y que como consecuencia de ello, ha de tenerse en forma inequívoca a la demandada EUROMARMOL, como verdadera empleadora de la actividad de tipo laboral desarrollada por el actor. Así mismo como la certeza de la responsabilidad solidaria existente entre ambas demandadas sobre las acreencias laborales causadas a favor del demandante.

De otra arista, procede la Sala al análisis del punto correspondiente a la estabilidad laboral reforzada que se reconoció a favor del actor, y en virtud de la cual se declaró la acción de reintegro. Así encontramos que el a quo, una vez estableció la existencia de un verdadero contrato de trabajo entre las partes, consideró que el mismo fue finiquitado debido a la condición física del demandante.

En la prueba documental obrante a folios 405 – 445, se cuenta el historial clínico relevante del actor, en el cual se pone de manifiesto que sufrió un accidente de trabajo el día 04 de

mayo de 2009. Sin embargo, una vez efectuada la calificación de rigor por parte de la ARP COLPATRIA, se halla que las secuelas que aquel presentaba en su columna, respondían a una patología de origen común. Decisión ésta que encuentra respaldo en los dictámenes 8555 y 8672626, proferidos por la Junta Regional y la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, respectivamente (fls. 413 - 421).

Valga decir, si bien no se cuestionó el deterioro en la condición física del demandante, se consideró que el origen del mismo era común. Ahora, ello no obsta para considerar que ciertamente la condición física de aquel se hallaba afectada sustancialmente. Y de ello da cuenta la solicitud de calificación efectuada por parte de la NUEVA EPS, el día 8 de junio de 2010 (fl. 428), en el cual se requiere que se determine la pérdida de capacidad laboral de aquel, junto con la fecha de estructuración; o en su lugar se prorroguen las incapacidades temporales por encima de los 180 días.

Y es que ha de tenerse en cuenta que el demandante estuvo incapacitado un total de 181 días entre el día 05 de abril de 2009 y el 05 de junio de 2010 (fls. 451 452).

Bajo esa premisa fáctica hemos de señalar que aun cuando en el expediente no reposa dictamen que determine el porcentaje de pérdida de capacidad laboral, el anterior recuento exhibe en forma diáfana que el estado de salud del demandante no era óptimo. Luego, independientemente que el origen de la patología que presentaba aquel, fuera de tipo común o profesional, ello no es una talanquera insalvable para las demandadas, quienes tenían la carga de procurarle garantías al actor para desempeñar una actividad laboral acorde a su condición; en virtud de lo establecido en el art. 8 de la ley 776 de 2002.

Igualmente no puede soslayarse que ante una circunstancia como la que rodea el presente proceso, ha de tenerse en cuenta Principios Constitucionales (Art. 13 y 53), tales como la estabilidad laboral reforzada para aquellas personas que se encuentren afectadas por un grado de discapacidad. Lo cual por supuesto no significa que se haga apología de una estabilidad a perpetuidad que le impida al empleador dar por terminado el contrato de trabajo, por cuanto eso implicaría, tanto como la desnaturalización del contrato de trabajo, al asimilar estabilidad con inmutabilidad de las condiciones laborales⁶.

Una vez establecida la ocurrencia de prácticas de intermediación laboral por parte de las demandadas, y demostrado la condición física de debilidad manifiesta del actor, se estima que no le asiste razón al apelante cuando le atribuye errores al a quo en su apreciación, respecto a la influencia que tuvo la condición física de debilidad manifiesta del demandante, aun cuando en la apelación se argumenta que la desvinculación del actor obedeció a las consecuencias que se derivaron del advenimiento de normas tales como la ley 1429 de 2010, 1450 de 2011 y el decreto 2025 de 2011.

Ello no es un argumento aceptable para la Sala, debido a que la primera de estas leyes, a saber la 1429, fue publicada en el mes de diciembre de 2010; y en el caso de las otras dos normas citadas, nacieron a la vida jurídica en el año 2011. Pero, si la decisión de cesar la actividad que desarrollaba el demandante, se tomó en el mes de junio de 2010, carece de toda lógica y sentido jurídico que la misma se haya fundado en unas normas que ni siquiera existían en dicho momento. Luego un examen fundado en la sana crítica, pone en evidencia la incongruencia del apelante para refutar la decisión del fallador de primera instancia. Razón

por la cual mantendrá el sentido de la misma, aun cuando se modificará en lo que se refiere a la declaratoria de reintegro⁷.

Un análisis juicioso permite colegir que el razonamiento utilizado por el fallador de primera instancia, resulta plausible a la luz del principio de estabilidad laboral reforzada, a favor de quien estando en una condición física menguada por patologías de origen común, acompañadas de accidentes de trabajo. Empero, no puede desestimarse que la demanda impetrada por el actor no perseguía el reconocimiento del reintegro. La misma solamente iba encaminada a la cancelación de la respectiva indemnización por terminación de su vínculo laboral debido a su condición física.”

FUENTE NORMATIVA: Ley 79 de 1998, artículo 70, Artículo 3° y 17° Decreto 4588 de 2006, Ley 1429 de 2010, Ley 1480 de 2011, Decreto 2025 de 2011, Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, Sentencia 25713 de 2006.

DEMANDANTE: Marcos Benecio Palma Calvo

DEMANDADO: Cooperativa de trabajo asociado Enlazar C.T.A, Coenlazar y Euromarmol Ltda.

FECHA: Diciembre 1 de 2014

RADICACIÓN: 080013105015201200060/ **50.125-A**

DECISIÓN: Modifica sentencia apelada. Condena al pago de indemnización.

FUERO SINDICAL EN EMPRESAS EN LIQUIDACIÓN-Debe acreditarse la inexistencia de la causal invocada por la empresa/**CONCEPTO DE UNIDAD DE EMPRESA-**Criterio jurisprudencial/Efectos/**LIQUIDACION O CLAUSURA DEFINITIVA-**Constituye justa causa para terminar los contratos de trabajos y levantar la garantía foral

MAGISTRADA SUSTANCIADORA: Dra. CLAUDIA MARÍA FANDIÑO DE MUÑIZ

Causa fáctica: En el presente caso, se advierte que la demandante pretende obtener autorización judicial para despedir empleado aforado por la causal estipulada en la ley como liquidación definitiva de la empresa.

Extractos: “Perfilado así el debate, pasa la Sala a determinar si en efecto la causa que alegó la demandante para el caso del actor, esto es, “la liquidación o clausura definitiva de la empresa o establecimiento”, se dio en la realidad o si por el contrario es meramente una apariencia formal por cuanto la actora se encuentra incluida dentro de una unidad de empresa con otras sociedades, pues como lo tiene dicho la Corte Constitucional: “...la protección que brinda el fuero sindical no significa que los empleados que gozan de su amparo no puedan ser despedidos. Indica, más bien, que **el empleador debe demostrar que existe una justa causa para el despido y debe someter la calificación de esta justa causa a la autorización previa del juez laboral**”⁸.

Sabido es, que el artículo 194 del C.S.T. subrogado por el artículo 32 de la Ley 50 de 1.990, define a la empresa y su unidad en los siguientes términos:

“1. Se entiende como una sola empresa, toda unidad de explotación económica o las varias unidades dependientes económicamente de una misma persona natural o jurídica, que

⁸ Sentencia T-1108 del 28 de octubre de 2.005, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

correspondan a actividades similares, conexas o complementarias y que tengan trabajadores a su servicio.

2. En el caso de las personas jurídicas existirá unidad de empresa entre la principal y las filiales o subsidiarias en que aquella predomine económicamente, cuando, además, todas cumplan actividades similares, conexas o complementarias; pero los salarios y prestaciones extralegales que rijan en la principal al momento de declararse la unidad de empresa solamente se aplicarán en las filiales o subsidiarias cuando así lo estipule la respectiva convención colectiva de trabajo, o cuando la filial o subsidiaria esté localizada en una zona de condiciones económicas similares a las de la principal, a juicio del Ministerio o del juez del trabajo.

3. No obstante lo anterior, cuando una empresa establezca una nueva unidad de producción, planta o factoría para desarrollar actividades similares, conexas o complementarias del objeto social de las mismas, en función de fines tales como la descentralización industrial, las explotaciones, el interés social o la rehabilitación de una región deprimida, sólo podrá declararse la unidad de empresa entre aquellas y estas después de un plazo de gracia de diez (10) años de funcionamiento de las mismas. Para gozar de este beneficio el empleador requiere concepto previo y favorable del Ministerio de Desarrollo Económico.

4. El Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, de oficio o a solicitud de parte y previa investigación administrativa del caso, podrá declarar la unidad de empresa de que trata el presente artículo, para lograr el cumplimiento de las leyes sociales. También podrá ser declarada judicialmente”. (Negrilla y subraya fuera de texto).

De la anterior norma se desprende que en el caso de las personas jurídicas existe unidad de empresa cuando se dan los siguientes supuestos: **a)** una sociedad principal y filiales o subsidiarias suyas; **b)** el predominio económico de la primera sobre las otras; y **c)** actividades similares, conexas o complementarias desarrolladas por el conjunto empresarial.

Acorde con lo anterior, los artículos 260 y 261 del Código de Comercio, estipulan sobre la sociedad subordinada lo siguiente:

“ARTÍCULO 260. <SUBORDINACIÓN>. <Artículo subrogado por el artículo 26 de la Ley 222 de 1995> **Una sociedad será subordinada o controlada** cuando su poder de decisión se encuentre sometido a la voluntad de otra u otras personas que serán su matriz o controlante, **bien sea directamente, caso en el cual aquélla se denominará filial o con el concurso o por intermedio de las subordinadas de la matriz, en cuyo caso se llamará subsidiaria**”. (Negrilla y subraya fuera de texto).

“ARTÍCULO 261. <PRESUNCIONES DE SUBORDINACIÓN>. <Artículo subrogado por el artículo 27 de la Ley 222 de 1995> Será subordinada una sociedad cuando se encuentre en uno o más de los siguientes casos:

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

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

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

PARÁGRAFO 1o. Igualmente habrá subordinación, para todos los efectos legales, cuando el control conforme a los supuestos previstos en el presente artículo, sea ejercido por una o varias personas naturales o jurídicas de naturaleza no societaria, bien sea directamente o por intermedio o con el concurso de entidades en las cuales éstas posean más del cincuenta por

ciento (50%) del capital o configure la mayoría mínima para la toma de decisiones o ejerzan influencia dominante en la dirección o toma de decisiones de la entidad.

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

Sobre cuando se constituye la unidad de empresa la Jurisprudencia de vieja data de la Sala de Casación Laboral ha indicado que:

“Para establecer que existe una sola empresa, es suficiente demostrar la unidad de explotación económica. Cuando son varias las unidades de explotación económica, es necesario demostrar que pertenecen a una misma persona natural o jurídica, que esas unidades corresponden a actividades similares, conexas o complementarias que tienen trabajadores a su servicio.

Cuando se trata de varias personas jurídicas, ordena la misma norma que la principal predomine económicamente sobre las filiales o subsidiarias, y que todas las unidades cumplan actividades similares, conexas o complementarias.

En el caso de pluralidad de personas jurídicas, es necesario demostrar que la principal tiene predominio económico sobre las filiales o subsidiarias, es necesario también establecer que las varias unidades tienen actividades similares, conexas o complementarias<C.S.J. Cas. Laboral, Sentencia del 27 de junio de 1.973>.

Igualmente, sobre el mismo tópico la Sección Segunda del Consejo de Estado en sentencia del 8 de marzo de 1.994, Exp. 5933 y 5934⁹, acotó:

“Según esta norma, para que exista unidad de empresa y pueda así declararlo la autoridad administrativa o la judicial, cuando se trata de personas jurídicas se necesita la conjunción de dos factores: uno subjetivo y otro objetivo.

El primero mira al verdadero dueño de los instrumentos de trabajo y elementos de producción y el segundo a la explotación económica como un todo armónico.

En suma, se requiere entonces la existencia de varias empresas propietarias, subordinadas a una principal que predomina económicamente sobre las demás (factor subjetivo), y que las actividades de todas sean similares, conexas o complementarias (factor objetivo).

En relación con el aspecto subjetivo la norma es clara al indicar que no basta la existencia de una matriz y una o varias subordinadas, sino que además es indispensable que se dé un predominio económico de la empresa que se denomina principal, respecto de las que se denominan subordinadas (filiales o subsidiarias).

Y ello es explicable, porque lo que pretende la declaración de unidad de empresa es afirmar la existencia de una unidad económica, es decir, romper la apariencia de varios dueños que se presenta a través del fraccionamiento del capital para establecer la unidad patrimonial de la explotación económica.

Acorde con el artículo 260 del Código de Comercio, una sociedad es filial de otra cuando está “dirigida o controlada económica, financiera o administrativamente por otra, que será la matriz”. Y es subsidiaria, según el mismo precepto, cuando ese control o dirección, “lo ejerza la matriz por intermedio o con el concurso de una o varias filiales suyas o de sociedades vinculadas a la matriz o las filiales de ésta”.

Lo anterior significa que no siempre que en una unidad de explotación económica tengan injerencia varias subordinadas, hay unidad de empresa con la matriz, pues mientras que la subordinada puede depender de un control financiero o administrativo sin predominio de capital, éste sí es el factor determinante en la unidad de empresa. Las subordinadas integrarán unidad empresarial

⁹C.P. Dra. Dolly Pedraza de Arenas.

con la matriz únicamente cuando ésta derive su control o dirección de su predominio económico (...).

Para que se configure dicho predominio económico de la sociedad principal sobre la subsidiaria, como lo anota la señora procuradora quinta delegada en lo contencioso, se requiere que aquella posea más del 50% del capital y ello al tenor del artículo 261, numeral 1º del C. de Co. Puede suceder directamente, o por intermedio o en concurrencia con sus subordinadas, o con las filiales o subsidiarias de éstas.

Conforme al artículo 260 del mismo código, la concurrencia con empresas vinculadas es útil para determinar que una empresa es subsidiaria de la matriz que así logra su control económico financiero o administrativo, pero ello no puede aplicársele para establecer predominio económico tal como lo entiende el artículo 194 del Código Sustantivo del Trabajo, o sea, como unidad patrimonial mayoritaria en un solo dueño.

Y ello es así, porque el artículo 261 del Código de Comercio dispone que hay “vinculación de dos o más sociedades cuando existan intereses económicos, financieros o administrativos entre ellas, comunes y recíprocos, así como cualquier situación de control o dependencia” “y de la comunidad de intereses o de situaciones de control o dependencia puede derivarse un control de grupo pero no unidad patrimonial mayoritaria en cabeza de una sociedad que sin sus vinculadas no tiene el más del 50% del capital de su subordinada”. (...).”

(...)

Además de lo anterior, considera la Sala que resulta pertinente precisar que no se requiere de prueba solemne para demostrar la unidad de empresa, por lo que resulta admisible cualquier medio de prueba¹⁰ y si bien las decisiones administrativas que se tomen en torno a la declaratoria de unidad de empresa entre determinadas sociedades no impiden que el funcionario judicial pueda declarar o no la unidad de empresa incluso después de finalizado el contrato de trabajo respecto a un caso particular y con efectos exclusivos para las partes en litigio¹¹, no es menos cierto, que tales decisiones contenidas en actos administrativos expedidos por el Ministerio del Trabajo, que son revisables y carecen de la calidad especial de cosa juzgada que poseen las sentencias judiciales, pueden servir de soporte probatorio al momento de valorar si se configura en determinado asunto la unidad de empresa entre diversas personas jurídicas, más si frente a estos actos no se ha desvirtuado su presunción de legalidad.

(...)

Ahora bien, descendiendo al caso bajo estudio resulta evidentemente probado que la demandante se encuentra en estado de liquidación judicial, tal como también se aprecia del certificado de existencia y representación legal de la sociedad Aluminios Reynolds

¹⁰ Así lo ha enseñado la jurisprudencia de antaño de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, cuyos apartes se transcriben a continuación:

“La declaración sobre unidad de empresa debe hacerse en juicio al encontrarse demostrada, aunque no exista al respecto una declaración ministerial o ella no obre en el proceso. La declaración ministerial contemplada por el inciso 2º, artículo 194 del C.S. del T. no constituye prueba ad substantiam por no requerirla al efecto la ley como única para que se pueda dar por establecido el hecho de la unidad de empresa, la unidad o continuidad de empresa puede probarse con testigos. Para este efecto la ley no exige medios probatorios especiales” <Sentencia del 31 octubre de 1.957>.

¹¹ En similar sentido, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 10 de mayo de 1.991, expresó: *“La decisión administrativa del Ministerio del Trabajo, sea que declare o no la unidad de empresa, de ninguna manera impide al juez decidir lo que resulte procedente cuando así se le pide que lo haga judicialmente y con efectos exclusivamente interpartes. Ello por cuanto el carácter erga omnes de la resolución administrativa no tiene, ni podría desde luego tener, un carácter definitivo similar al de cosa juzgada que, en cambio, sí tiene la sentencia del juez.*

(...)

...precisamente por éste carácter mudable de los hechos que sirven de base a la declaración de unidad de empresa, es por lo que pueda, y debe, revisarse la declaración administrativa cuando así lo amerite el correspondiente debate judicial. En cambio la sentencia del juez que declare la unidad de empresa con efectos únicamente entre las partes litigantes, no es revisable una vez el fallo esté en firme; pero tampoco es extendible a otras situaciones litigiosas entre partes diferentes.

Concluir que por cuanto un contrato ya terminó no es posible dictar entonces sentencia declarando la unidad de empresa y reconociendo los derechos que en favor del trabajador de ahí resulten, constituye un craso error de comprensión de los efectos declarativos de las sentencias judiciales y, más específicamente, del concreto efecto que de la declaración de unidad de empresa puede resultar frente a la relación laboral que existió entre un trabajador y uno o más empleadores.”

Santodomingo S.A. expedido por la Cámara de Comercio de Barranquilla¹² que da cuenta que “*por Auto No 405 017724 del 4 de Nov/bre de 2.011, otorgada en la Superintendencia de Sociedades de Bogotá, inscrito(as) en esta Cámara de Comercio, el 21 de Nov/ bajo el No 175.541 del libro respectivo, la sociedad antes mencionada fue declarada disuelta y en estado de liquidación judicial*”.

De otra parte, se observa que en el referido auto del 4 de noviembre de 2.011¹³, la Superintendencia de Sociedades en su numeral vigésimo cuarto - párrafo primero resolvió rechazar la solicitud efectuada por el Presidente de la organización sindical “SINTRALREY” en nombre de los trabajadores de la empresa actora, de convocar al proceso de insolvencia a las sociedades ALUMINIO NACIONAL S.A. y EMPRESA METALMECÁNICA DE ALUMINIO S.A. & CÍA S.A. que forman parte del grupo empresarial al que pertenece ALUMINIOS REYNOLDS SANTO DOMINGO S.A. bajo el argumento “*que el hecho de que una de las sociedades que hacen parte del grupo empresarial sea convocada al proceso de insolvencia, no por esa sola razón las demás deberán concurrir al citado proceso, toda vez que cada una de ellas, dado el caso, deben cumplir independientemente con los requisitos para que se decrete el respectivo proceso de insolvencia*”.

De igual manera, a pesar que milita en el informativo la Resolución No 00656 del 30 de agosto de 2.013 emanada por la Dirección Territorial del Atlántico del Ministerio del Trabajo¹⁴ a través de la cual se declaró la “**unidad de empresa**” entre las sociedades ALUMINIO NACIONAL S.A. SIGLA ALUMINA S.A. con domicilio principal en Yumbo (Valle del Cauca), EMPRESA METALMECÁNICA DE ALUMINIO S.A. EMMA & CÍA S.A. con domicilio en Itagüí (Antioquia) y ALUMINIOS REYNOLDS SANTODOMINGO S.A. Hoy EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL, no es menos cierto que contra dicho acto administrativo fueron interpuestos los recursos de reposición y apelación, siendo resuelto el primero por medio de la Resolución No 000902 del 13 de noviembre de 2.013 expedida por la Dirección Territorial del Atlántico del Ministerio del Trabajo, la cual también obra en el expediente¹⁵, en donde se confirmó la decisión inicial, quedando pendiente por resolver por parte del Ministerio del Trabajo el recurso de apelación, de manera que en la actualidad dicha Resolución no se encuentra debidamente ejecutoriada conforme lo dispuesto en el artículo 87 del C.P.A.C.A.<Ley 1437 de 2.011>¹⁶, según lo comunicó a ésta Sala la Directora de Inspección, Vigilancia, Control y Gestión Territorial del Ministerio del Trabajo¹⁷ al momento de oficiarse para mejor proveer y garantizar los derechos de los trabajadores, y por lo tanto, no constituye prueba de la alegada “unidad de empresa”, sin embargo, esta sola circunstancia no impide que el funcionario judicial entre a estudiarla o dirimirla dentro de una litis cuando como en este caso se ha planteado por una de las partes, más acontece, que en el proceso no se aportaron las pruebas idóneas que nos condujeran a determinar la existencia de una unidad de empresa entre la demandante y las sociedades ALUMINA S.A. y EMMA & CÍA S.A., pues por el contrario, al valorar en su conjunto el acervo probatorio, concluye la Sala que:

¹² Ver folios 13 a 16.

¹³ Ver folios 101 a 110.

¹⁴ Ver folios 169 a 203 y 290 a 324.

¹⁵ Ver folios 333 a 339.

¹⁶ **Ley 1437 de 2.011. Artículo 87: “Los actos administrativos quedarán en firme:**

1. Cuando contra ellos no proceda ningún recurso, desde el día siguiente al de su notificación, comunicación o publicación según el caso.

2. Desde el día siguiente a la publicación, comunicación o notificación de la decisión sobre los recursos interpuestos.

3. Desde el día siguiente al del vencimiento del término para interponer los recursos, si estos no fueron interpuestos, o se hubiere renunciado expresamente a ellos.

4. Desde el día siguiente al de la notificación de la aceptación del desistimiento de los recursos.

5. Desde el día siguiente al de la protocolización a que alude el artículo 85 para el silencio administrativo positivo”.

¹⁷ Ver folio 289.

1).- La sociedad demandante fue declarada disuelta y se encuentra en proceso de liquidación judicial (fls. 13-16 y 92-110).

2).- El demandado se encuentra amparado por fuero sindical por ser miembro suplente de la junta directiva de la organización sindical "SINTRALUREYNOLDS" y está vinculado con la demandante mediante contrato de trabajo a término indefinido desde el 26 de marzo de 1.990 (fls.17-60).

3).- El acto administrativo emanado de la Dirección Territorial del Atlántico del Ministerio del Trabajo que declaró la unidad de empresa entre la demandante y las sociedades ALUMINA S.A. y EMMA & CÍA S.A. carece en la actualidad de fuerza de ejecutoria y por ende no produce efectos jurídicos vinculantes, de conformidad con los artículos 79 y 87 del C.P.A.C.A. <Ley 1437 de 2.011> (fls.169-203, 290-324 y 333-339).

Las anteriores conclusiones, permiten a la Sala evidenciar que la justa causa que alega la actora de "liquidación o clausura definitiva" para que se le autorice el despido del demandado, se encuentra plenamente demostrada y por el contrario, resplandece con nitidez que la parte demandada no cumplió con la carga probatoria de acreditar los supuestos fácticos en que fundamentó su excepción de "*inexistencia de la causa para pedir el levantamiento del fuero sindical por unidad de empresa*" para lograr desvirtuar la existencia u ocurrencia de la causal que invocó la actora para que se le autorice el despido del demandado."

FUENTE NORMATIVA: Artículo 1º y 5º del artículo 50 de la Ley 1116 de 2006, Artículo 194 C.S.T., Artículos 260 y 261 Código de Comercio, Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, Sentencia del 27 de junio de 1973, Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia de 8 de marzo de 1994, expedientes 5933 y 5934.

DEMANDANTE: Aluminio Reynolds Santo Domingo S.A. en Liquidación

DEMANDADO: Renso Vargas Barraza

FECHA: Diciembre 11 de 2014

RADICACION: 08-001-31-05-011-2011-00520-01/ **50.758**

DECISION: Confirma sentencia apelada.

3. SALA PENAL

DESAPARICION FORZADA-Actuación irregulares de los agentes de policía/**CARGA DINÁMICA DE LA PRUEBA**-Aplicación excepcional en el proceso penal ante la comisión de desaparición forzoso/**INDICIO**-Como prueba de los hechos que dieron lugar al punible

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: Dr. LUIS FELIPE COLMENARES RUSSO

Causa fáctica: En el presente caso, se le endilga a los procesados la comisión del reato de desaparición forzada en la persona de un individuo a través de captura sin el lleno de las formalidades legales, al interior de un irregular proceso policivo.

Extractos: "Analizadas las razones que dieron los procesados al dar captura, es decir, que estos aprehendieron al joven Alfredo en razón a las llamadas realizadas por su madre con fin preventivo, ya que este se encontraba en estado de alicoramiento y aparentemente agresivo, y de acuerdo a unos señalamientos que hizo la señora KELLY ARRIETA CASTRO, quien se encontraba en la vivienda en donde presuntamente la víctima había hecho unos disparos, no encuentra la Judicatura concordancia con los lineamientos legales previamente estipulados

para la época de los hechos, esto es porque no existía previa orden de captura en contra del señor ALFREDO PEDRAZA SALGADO y tampoco se configuró la figura de la flagrancia.

El derecho a la libertad consagrado en el artículo 28 de la Constitución Política Nacional entraña sus límites atendiendo a: i) Mandamiento escrito de autoridad judicial competente; ii) Formalidades legales y iii) por motivo previamente descrito en la ley. De la misma manera, una excepción a la reserva judicial de la libertad radica en la flagrancia, tipificada en el artículo 345 de la ley 600 del 2000, legislación bajo la cual se mueve el caso concreto.

Atendiendo el artículo citado, se entiende que hay flagrancia cuando: 1. La persona es sorprendida y aprehendida al momento de cometer una conducta punible; 2. La persona es sorprendida e identificada o individualizada al momento de cometer la conducta punible y aprehendida inmediatamente después por persecución o voces de auxilio de quien presencie el hecho; y 3. Es sorprendida y capturada con objetos, instrumentos o huellas, de los cuales aparezca fundadamente que momentos antes ha cometido una conducta punible o participado en ella.

Con respecto a la figura de “cuasi flagrancia” alegada por la defensa del procesado YUMLA RODRÍGUEZ MELGAREJO en la sustentación del recurso de apelación interpuesto, esta se encuentra tipificada en el inciso tercero del artículo 66 del Código Nacional de Policía el cual establece:

“[...] Se considera en situación de cuasi flagrancia la persona sorprendida con objetos, instrumentos o huellas de las cuales aparezca fundadamente que momentos antes ha cometido una infracción o participado en ella, cuando es perseguido por la autoridad, o cuando por voces de auxilio se pida su captura.”¹⁸

Luego entonces, se deja en evidencia la primera irregularidad por parte de los gendarmes en cuanto a la aprehensión de la víctima, puesto que este no fue sorprendido en el momento de la realización de los supuestos disparos, como tampoco se le encontró ningún tipo de arma de fuego o instrumento de los cuales se dedujera que había cometido previamente la conducta punible que se le endilgaba en su momento, ni hubo voces de auxilio, tal como se puede constatar en las diferentes declaraciones e indagatorias rendidas a lo largo del proceso.

No obstante, aunque se pudiera justificar el procedimiento de captura frente a los parámetros legales, esa que resulta difícil en este caso, ello no cambia el hecho de que un ciudadano vivo y sano “fuera aprehendido por miembros de la autoridad en condición de armados”, y que a partir de ese momento y los hechos consecuentes, no se supo más de esa persona en términos humanamente razonables. No hay explicación, ni justificación para que este individuo no hubiere aparecido jamás.

Es decir, si lo capturaron legalmente, más aún, deben responder por su presencia y ubicación. Aquí no existen pruebas de la tal huida de la víctima, puesto que su deber entonces era recapturarlo, cuestionándose la Sala, cómo huye un ciudadano desarmado a pie, solo, en estado de alicoramiento, de agentes profesionales armados, entrenados y provistos de un vehículo automotor idóneo y versátil como es una motocicleta, ¿por qué no lo recapturaron, donde estaba Pedraza Salgado?

¹⁸ Decreto 1355 de 1970. Código Nacional de Policía. Art. 66.

Siguiendo con el actuar de los policías, previa captura de la víctima, estos le solicitaron a una patrulla del EMCAR que se encontraba de apoyo esa noche, el traslado del recién capturado hasta el CAI del barrio Costa Hermosa, situación que contraría el procedimiento habitual en casos de aprehensión de personas, puesto que estos deben ser dirigidos a la Estación de Policía de la localidad, lugar que posee una infraestructura adecuada para mantener en custodia a las personas recién capturadas, mientras se surte el trámite ante la autoridad judicial competente.

He aquí la segunda irregularidad por parte de los procesados, ya que ambos tenían varios años de experiencia dentro de la Institución, lo que notablemente debía advertirles a qué lugares debían ser trasladadas las personas recién capturadas. Se constata este hecho en el folio No. 41 en donde en medio de la Audiencia Pública de Juzgamiento el procesado YUMLA RODRÍGUEZ acepta que el CAI es un Centro de Atención Inmediata y no se puede tener ninguna clase de retenidos.

Además si los agentes de policía eran conscientes de que el CAI no era el lugar estipulado para mantener a un recién capturado, surge el interrogante en cuanto a *¿por qué decidieron trasladarlo a la estación de Policía pasada casi 1 hora desde su llegada al Comando?*

No obstante lo anterior, los aquí encartados judiciales en compañía del joven PEDRAZA SALGADO, decidieron montarse en una motocicleta y trasladarlo a la Estación de Policía del mismo barrio. Sin embargo, en el camino, los policías vieron la supuesta actitud sospechosa de 4 personas por lo que decidieron bajarse del vehículo y realizar una requisita, momento en el cual, y según afirmaciones de los procesados, el joven Alfredo decidió darse a la huida con rumbo hacia el barrio el Porvenir.

Esa explicación es absurda y carente de sentido, si se conduce a un capturado por presunto delito, cómo se descuida al mismo para constatar un *“fenómeno de sospecha”*; *“sospechosos de qué”*, se pregunta la Sala, por el solo hecho de estar cuatro individuos juntos, no son necesariamente *“sospechosos”*, y aun así, por qué descuidar o abandonar al capturado. Si ya no cumplían labores de patrullaje, por qué no solicitar apoyo o no reportaron a los sospechosos a otra patrulladle vigilancia. Esto es una simple mentira para evadir la responsabilidad que les compete.

Respecto a este punto, los agentes de policía establecen que no se percataron de ponerles las esposas al capturado porque este se encontraba calmado, sin alteración aparente, afirmación que fue sostenida en todas las declaraciones realizadas por parte de los procesados. Sin embargo, en el transcurso de la Audiencia Pública de Juzgamiento, salió a la luz por parte de los gendarmes, que ese día al momento de recibir su dotación, no les fueron entregadas las esposas puesto que ya se encontraban todas distribuidas, situación que según ellos, era constante. He aquí, una ineludible contradicción: no colocaron esposas porque el sujeto estaba calmado o porque no tenían.

Se avizora en este punto, la tercera irregularidad por parte de los policías debido a que en aras de reducir físicamente, inmovilizar e impedir la fuga de las personas capturadas y su traslado desde el lugar de los hechos hasta las instalaciones policiales o ante las autoridades competentes, el personal uniformado en servicio está facultado para la utilización de esposas

y armas de fuego, para de esa manera, evitar que puedan realizar maniobras peligrosas que afecten la seguridad misma del desplazamiento.¹⁹

Así las cosas, considera la Colegiatura que la omisión por parte de los procesados en poner en conocimiento de forma oportuna, que no habían podido reclamar las esposas ese día puesto que ya estaban agotadas, denota un hecho que los procesados quieren atribuirse a su favor con el fin de salir airosos en cuanto a todos los descuidos dentro del procedimiento efectuado.

Por otro lado, es obligación de los miembros de la Policía Nacional, al darle captura a una persona, los coloca en posición de garantes, puesto que los capturados pierden la posibilidad de protegerse, quedando totalmente expuestos y a la merced del actuar de los agentes, de tal manera que estos deben velar por su bienestar e integridad humana.

(...)
Aquí opera la carga dinámica de la prueba, para probar que PEDRAZA SALGADO, no está desaparecido, tienen que mostrarlo vivo, sano y salvo. Si no lo desaparecieron ellos, donde esta PEDRAZA, es la única forma de razonar este asunto en términos de equidad y proporción.

Otra irregularidad radica en el vehículo en el cual los policías decidieron trasladar al recién capturado hacia la Estación de Policía, esto es: el agente YUMLA RODRÍGUEZ iba conduciendo la motocicleta, en el medio iba el joven ALFREDO PEDRAZA alias “El Menor” y detrás iba el Subintendente ANSELMO DE LOS REYES.

Considera la Sala, que respecto a este punto, debió haber más despliegue policial y en su caso, pedir apoyo a las patrullas del sector o comunicarse con la Central, así como hicieron para darle captura al joven desaparecido. Además, las personas que son capturadas deben ser trasladadas en vehículos seguros para evitar de esa manera, accidentes de tránsito en donde resulten lesionados o incluso muertos, situación que fue determinante en el caso concreto y más aún, con el agravante de que no se percataron de ponerle las esposas al capturado, haciendo así más fácil su supuesta huida.

Por otro lado, con respecto a la falta de credibilidad de los testimonios de los señores ROBERTO ATEHORTÚA FONTALVO Y GLADYS PIÑA CASTELAR, la Sala coadyuva lo expresado por parte del Juzgador de Primera Instancia puesto que consideró que respecto al primero, los procesados no hicieron mención de este sino después de varias declaraciones realizadas. En relación al segundo testimonio, consideró que pasados diez años después de la desaparición de alias “El Menor”, resultaba dudoso y conveniente a los procesados allegar este testimonio dentro del proceso.

Avizora la Judicatura que, el hecho de que el interés de declarar de la señora PIÑA CASTELAR haya sido exteriorizado después de Diez (10) años, no puede tenerse como simple coincidencia, máxime cuando esa intención surgió luego de haber pasado tanto tiempo después de ocurridos los hechos. En consecuencia, dicha situación puede llevar a pensar que el querer declarar fue fruto de maniobra, con miras hacia un beneficioso futuro para los condenados.

¹⁹ Manual de Patrullaje Urbano. p. 24.

Así mismo, es menester indicar que, ciertamente existen algunos detalles no coincidentes entre los testigos, pero la experiencia enseña que la persona que declara varias veces sobre el mismo hecho varía pormenores, omite circunstancias y agrega otras, debiendo el funcionario judicial explorar esas distintas intervenciones para otorgarles el alcance correspondiente y en el supuesto que haya coincidencia plena en lo principal, no son relevantes las incoherencias secundarias, así como su deber de valorar todas las pruebas que se hayan allegado al proceso atendiendo las reglas de la experiencia, sana crítica y la lógica.

La Honorable Corte Suprema de Justicia se refirió al delito en discusión alegando lo siguiente:

“[...] puede concluirse que el delito de desaparición forzada de personas es permanente, no porque se cometa mientras la víctima se encuentre privada de su libertad, sino porque sigue consumándose durante todo el tiempo en el que sus captores no den razón de ella (su paradero con vida o la ubicación de su cadáver), nieguen su privación de libertad, o den información equívoca.”²⁰.

De lo anterior transcrito, concluye la Judicatura que se acredita la comisión del delito de Desaparición Forzada Agravada por parte de los dos procesados, miembros de la Policía Nacional en ese entonces, toda vez que aunadas todas las irregularidades en el procedimiento realizado por parte de los mismos al materializar la captura de alias “El Menor”, se avizoran serios indicios que llevan a concluir que en el actuar de los agentes, estaba intrínseca la finalidad del desaparecimiento de la víctima, logrando que hasta la fecha, no se sepa nada de su paradero.

Y es que precisamente dentro del caso sub examine, los indicios constituyeron parte fundamental sobre los cuales, el fallador de primera instancia edificó la sentencia condenatoria debido a que a lo largo del proceso penal no se allegó ninguna prueba que señalara directamente a ANSELMO DE LOS REYES y YUMLA RODRÍGUEZ como coautores responsables del delito que se les endilga y del cual resultó víctima el joven ALFREDO PEDRAZA SALGADO, alias “El Menor”.

Al respecto, la sentencia adiada 3 de marzo de 2011, en donde el Juzgador de la época estableció:

“El indicio como mecanismo probatorio lógico se plasma, en un juicio de inferencia lógica que emite el Juez teniendo en cuenta la existencia probada de un hecho indicador que lo lleva a concluir la presencia de otro indicado. Tal instrumento conceptual le permite al juzgador adquirir certeza sobre la autoría y responsabilidad del procesado cuando otros medios probatorios no se la brindan; la confiabilidad descansa en la demostración racional del hecho indicador y en la capacidad del Juez para valorar y para inferir la existencia del hecho indicado y su lógica conexión con el sujeto a ellos ligado.”²¹

Luego de lo anterior, concluye la Colegiatura que el indicio va intrínsecamente ligado a la lógica y a las reglas de la experiencia, situación que la Sala ve agotada por parte del a quo y

²⁰ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Radicación No. 40733. Diecinueve (19) de Marzo de 2014. M.P. María del Rosario González Muñoz.

²¹ Sentencia del 3 de Marzo de 2011. Acusado: Joaquín Enrique Aldana Ortiz. Rad: 730016000450200901880-00. NI: 10710. Juzgado Primero Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento en el Sistema Penal Acusatorio de Ibagué, Tolima.

del Fiscal Delegado que desató la Resolución de Acusación en Segunda Instancia, en razón a que estos, estructuraron indicios graves de presencia, oportunidad para delinquir y mala justificación a raíz de las múltiples irregularidades y falencias propias del procedimiento realizado por los procesados en la madrugada de los hechos.

Además, resulta palmario que los funcionarios judiciales antes mencionados al igual que esta Sala, se basaron en la ilegalidad de la captura, el descuido de no ponerle las esposas al recién capturado, así como el vehículo en el cual se movilizaron, hechos que evidentemente dieron luces y sirvieron de prueba indiciaria para llevarlos a la certeza de que los procesados fueron los causantes de la desaparición y posterior ocultamiento de la víctima.”

FUENTE NORMATIVA: Artículo 28 Constitución Política, Artículo 345 de la Ley 600 de 2000, Inciso 3° Artículo 66 Código Nacional de Policía, Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, Rad: 40.733 de 19 de Marzo de 2014, M.P. María del Rosario González Muñoz.

FECHA: Diciembre 19 de 2014

RADICACIÓN: 08-758-31-04-001-2013-00123-00/ **2014-00254-P-CR**

DECISIÓN: Confirma decisión de primera instancia.

HOMICIDIO CULPOSO- Infracción al deber objetivo de cuidado/Teoría de la imputación objetiva/**VIOLACIÓN A LAS NORMAS DE TRÁNSITO**-Fueron infringidas por la víctima al tratar de adelantar vehículo de servicio público que se encontraba dentro de su carril/**VÍCTIMA**-Exposición imprudente al daño

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: Dr. JORGE ELIECER MOLA CAPERA

Causa fáctica: En el presente caso, se estudia el homicidio de un motociclista que al tratar de realizar una maniobra de manejo tendiente a sobrepasar a un bus estacionado, colisionó con éste perdiendo la vida en este acto.

Extractos: “El Estatuto sustantivo penal establece que para que la conducta sea punible se requiere que sea *típica, antijurídica y culpable*. Además de señalar que la causalidad por sí sola no basta para la imputación jurídica del resultado.

La conducta que le fue enrostrada al procesado, es la del homicidio culposo ubicado en el artículo 103 del Código Penal, el cual señala:

“El que por culpa matare a otro, incurrirá en prisión de dos (2) a seis (6) años y multa de veinte (20) a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes”.

Tal como la Judicatura estableció en líneas anteriores, para la emisión de la sentencia condenatoria debe existir prueba que conduzca a la certeza de la conducta punible y de la responsabilidad del procesado. Así las cosas, debe decirse en cuanto al primer requisito obra en el sumario prueba que demuestra la ocurrencia del hecho, esto es, el deceso del señor Raúl Ujueta Salazar, toda vez que la necropsia practicada a éste indicó:

“...El caso trata de un hombre, adulto joven, identificado fehacientemente por cotejo dactiloscópico, quien según los datos aportados por el acta de levantamiento N°. 0960-07, muere en accidente de tránsito. Según la necropsia, fallece debido a Hipertensión Endocraneana causada por Hematoma

subdural agudo, ocasionado por Laceración Encefálica, inducida por trauma Craneoencefálico Severo. En síntesis, con la información aportada hasta el momento por la autoridad, y los hallazgos de la necropsia, la muerte se conceptúa violenta -ACCIDENTE DE TRANSITO- conductor de motor...”²²

Vale resaltar que tratándose de delitos en la modalidad de culpa, según las disposiciones del artículo 23 del Código Penal, se da el delito cuando el resultado típico es producto de la infracción al deber objetivo de cuidado y el agente debió haberlo previsto por ser previsible, o habiéndolo previsto confió en poder evitarlo.

Así pues, son elementos esenciales del homicidio culposo, la supresión de una vida por hechos positivos u omisiones culposas y la relación de causa a efecto, entre en el acto u omisión y la muerte, o sea, que el deceso de la víctima debe ser resultante de la actividad culposa del agente.

Lo anotado significa que, frente a una posible conducta culposa, el fallador, en primer lugar, debe valorar si la persona creó un riesgo jurídicamente desaprobado desde una perspectiva ex ante, esto es, tiene que retrotraerse al momento de la realización de la acción y examinar si conforme a las condiciones de un buen observador situado en la posición del autor, a lo que deberá de sumársele los conocimientos especiales de este último, el hecho sería o no adecuado para producir el resultado típico y antijurídico. Seguidamente, el funcionario debe valorar si ese peligro se realizó en el resultado, teniendo en cuenta todas las circunstancias posteriores.

(ii) De la infracción a un deber objetivo de cuidado

Según la teoría de imputación objetiva, tenemos que en la violación al deber objetivo de cuidado el autor debe realizar la conducta como lo haría una persona razonable y prudente puesta en el lugar del agente, de manera que si no obra con arreglo a esas exigencias infringirá el deber objetivo de cuidado.

Elemento con el que se aspira a que con la observancia de las exigencias de cuidado disminuya al máximo los riesgos para los bienes jurídicos con el ejercicio de las actividades peligrosas, que es conocido como el riesgo permitido (en ámbitos como el tráfico, la medicina y el trabajo).

En razón a que no existe una lista de deberes de cuidado, ese debe acudir a las distintas fuentes que indican la configuración de la infracción al deber de cuidado, en cada caso, entre ellas; (i) las normas de orden legal o reglamentaria atinentes al tráfico terrestre, marítimo, aéreo y fluvial, y a los reglamentos del trabajo, dirigidas a disciplinar la buena marcha de las fuentes de riesgos; (ii) el principio de confianza que surge como consecuencia de la anterior normatividad, y consiste en que quien se comporta en el tráfico de acuerdo con las normas puede y debe confiar en que todos los participantes en el mismo tráfico también lo hagan, a no ser que de manera fundada se pueda suponer lo contrario.

Sin embargo, dicha infracción debe estar acreditada con los medios de prueba, pues entratándose de las conductas ocurridas en accidentes de tránsito, el hecho que una persona

²² Folio 164 C.O. No. 1 de Fiscalía.

haya perdido la vida en un choque de automotores o arroyada por un automóvil, no significa per se que el conductor deba responder penalmente por esa muerte, sino que es menester determinar si fue el conductor o la víctima quien trasgredió el deber objetivo de cuidado que debe tener todo ciudadano al transitar vehicular y peatonalmente.

En el presente caso, aduce el libelista que existe certeza de la responsabilidad penal del encausado, porque éste en la diligencia de indagatoria, admitió que debajo del bus que conducía quedó la moto que manejaba la víctima, sin embargo, el enjuiciado sostuvo en su injurada lo siguiente:

“...Eso fue esta mañana, yo salí despachado de aquí de Barranquilla para Sabanalarga y cuando me desplazaba sobre la altura del puente de la cordialidad con la circunvalar había un bus parqueado bajando pasajeros cuando sentí fue el impacto sobre la parte lateral de bus y enseguida escuché a la gente que decía se mató, se mató. Pero hasta ahí no sé qué fue lo que pasó solo sentí el impacto...yo no estaba manejando, yo estaba parqueado cuando sentí fue el impacto y la gente que decía que se había matado...”²³

Así pues, el acusado afirmó que en efecto la motocicleta que manejaba la víctima impactó en el bus que conducía, asimismo que había detenido la marcha a mitad del puente a dejar y recoger pasajeros.

Lo anterior se reitera por lo manifestado por el señor Rodolfo Manuel Ávila Rodríguez en la audiencia pública, en la que manifestó:

“...Me dirigía en un bus hasta el puente de la salida de Sabanalarga, pedí la parada, soy de los que acostumbra a esperar que el bus se detenga para poder bajarme, cuando el bus se detuvo exactamente que ya voy a bajarme se siente un fuerte impacto de la parte izquierda del bus, cuando ya me bajé, escucho la gente, lo mató, lo mató, de lo que puedo dar certeza es que el bus ya estaba detenido...”²⁴

De igual forma Rafael Antonio Ávila Rodríguez sostuvo que:

“...Cuando íbamos por el puente de la salida de Barranquilla, el bus paró ahí, y se estaban bajando unas personas y se montaban otras, yo iba detrás en las últimas bancas en la misma acera del chofer, bueno cuando el bus estaba parado se sintió un golpe en la costilla del bus, pero ahí mismo pasó una buseta, que atropelló a un muchacho...”²⁵

De acuerdo a lo anterior, el conductor del bus, esto es, el procesado Edwin Bolaños Ospina, si bien cometió una infracción de tránsito al recoger y dejar pasajeros en zona prohibida (en la mitad del puente)²⁶, no se puede desconocer que el fallecido también infringió una norma de tránsito, contenida en el artículo 94 de la Ley 769 de 2002, esto es, invadir la vía exclusiva para servicio público colectivo y adelantar entre vehículos que transitaban por sus respectivos carriles.

²³ Folios 47 a 50 C.O. No. 1 de Fiscalía.

²⁴ Folio 17 C.O. del Juzgado.

²⁵ Folio 18 C.O. del Juzgado.

²⁶ Art. 91 Ley 769 de 2002.

Así pues, la Sala observa tanto del croquis del accidente como de las fotografías que reposan en el expediente, que la víctima quien conducía una motocicleta hacía el sur y sobre el Puente de “La Cordialidad” de esta ciudad, pretendió adelantar al bus de servicio público conducido por el procesado, sin embargo, su maniobra hizo que chocara con este bus y al ser lanzado, arrojado por otro bus que transitaba por el otro carril, además de circular en ese momento por una zona urbana que le demandaba el mayor cuidado en su actividad de conductor, pues téngase de presente que en aquella zona la vía está debidamente señalizada o demarcada en el centro de pavimento con doble raya amarilla, que significa la prohibición de la acción de sobrepaso o adelantamiento de otro vehículo.

Bajo este contexto, al hacer la Colegiatura el análisis de la conducta ex ante tanto del procesado como de la víctima observa lo siguiente:

El actuar de una persona del tráfico jurídico en la misma situación del conductor del bus, esto es, el endilgado Edwin Bolaños Ospina, era la de dejar y recoger pasajeros en zonas permitidas y no en el puente.

Por su parte, la conducta de una persona normal y en la misma situación del conductor de la motocicleta hubiera sido no adelantar el bus y menos en zona prohibida, aunado a conducir por el espacio que les corresponde ir a los motociclistas.

Sin embargo, pese a que el conductor del bus cometió una infracción de tránsito, tal conducta no fue la que desencadenó el resultado muerte, debido a que pese a no haber dejado y recogidos pasajeros hubiera seguido su marcha normal, al adelantar el motociclista el resultado sería el mismo.

Así pues, la provocación del riesgo no permitido le es atribuible al conductor de la motocicleta, toda vez que del acervo probatorio se infiere con certeza que adelantó al bus aun sabiendo que en dicha zona no se podía y observando que la carretera era de dos carriles y en medio de ellos optó por realizar la maniobra que desencadenó su muerte.

Además, si se utiliza esa especie de test de comprobación ofrecido en la jurisprudencia que sirve de base a la Sala para abordar el tópico de causalidad, la conclusión es la misma, toda vez que si mentalmente se elimina el actuar u omisión de la víctima (motociclista quien adelantó indebidamente a bus en calzada de doble carril y señalado con línea amarilla continua), evidentemente surge que nunca se habría materializado la conducta. Y a la inversa, dentro del caso concreto, si se elimina el comportamiento del procesado (recoger y dejar pasajeros en el puente y luego seguir la marcha por su carril), sigue vigente en toda su condición el encadenamiento de hechos que derivó en el fatal resultado²⁷.

En estas circunstancias, la Sala observa que la causa determinante de la muerte de la víctima, devino de su propio actuar, a quien dentro del ordenamiento jurídico le era exigible otra conducta, y contrario a lo sostenido por el apoderado de la parte civil, dentro del paginario si existe suficientes pruebas que acreditan tal afirmación.

Lo anterior debido a que la víctima no observó las reglas de tránsito, impuestas a los conductores de las motocicletas, para evitar la creación del peligro que condujo

²⁷ Entre otras, Rad. 26409 Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia.

inevitablemente a la concreción de su fallecimiento, y si bien el procesado infringió una norma de tránsito, ello no desencadenó el resultado muerte, toda vez que conducía por su carril y actuando bajo el principio de confianza no se esperó que al arrancar nuevamente la marcha un motociclista al adelantar indebidamente se iba a chocar con el bus que conducía.

De modo que el conductor del Bus al ir por una zona donde es prohibido adelantar bajo el principio de confianza esperaba que otros vehículos o motocicletas no lo hicieran.”

FUENTE NORMATIVA: Artículos 23 y 103 Código Penal, Artículos 91 y 94 Ley 769 de 2002.

FECHA: Diciembre 19 de 2014

RADICACIÓN: 2014-000324-P-MC

DECISIÓN: Confirma sentencia apelada.

HOMICIDIO AGRAVADO- Modalidad de tentativa/Argumentos anfibológicos en la sentencia de primera instancia/**TESTIMONIO**-Tarifa valorativa negativa acerca de su credibilidad/

MAGISTRADO PONENTE: DR. JORGE ELIECER CABRERA JIMÉNEZ

CAUSA FÁCTICA: En el presente caso, se revoca una decisión de primera instancia donde los argumentos del sentenciador resultaban incongruentes y desacertada la valoración probatoria de los testigos que daban cuenta de la ocurrencia de los hechos investigados.

EXTRACTOS: “La delegada de la Fiscalía General de la Nación, persiste en el libelo de apelación estimar que dentro del plenario existen pruebas de variadas características, que obligan al Tribunal, establecer la materialidad de la conducta punible – tentativa de homicidio agravado- como también sobre la responsabilidad del procesado, en especial, con los testimonios de dos mujeres que presenciaron los hechos criminales e incluso una de ellas reconoce en rueda fotográfica al autor material del disparo que lesionara el cráneo de la víctima José Ángel Bolaños Rivas.

Contrario a esta exposición de condena el Tribunal, dentro del ejercicio funcional dialéctico entre las dos columnas hipotéticas enfrentadas, vale decir la que guarda correspondencia con la absolución y aquella que abraza la delegada de la Fiscalía, que propende por la condena del acusado, obligadamente se topa con los argumentos del Juez Sexto Penal del Circuito Adjunto de Barranquilla, quien en sentencia del 04 de junio de 2013, decide absolver del delito objeto de acusación a Freddy Daniel de las Aguas Peláez, porque estimó que las pruebas no ofrecen credibilidad para condenar previa aplicación de los principios de la sana crítica, razonando de la siguiente manera en el fallo:

“La testigo Ana Franco, manifestó que se encontraba en un ventanal de la casa con un niño en brazos y que vio a los sujetos describiendo al agresor una persona morena corte militar rapado, de una estatura de 1.65, nariz ancha, cejas tupidas con patillas y de apariencia de costeño. Ventanal de la casa tenía al niño cargado, para esta judicatura causa extrañeza que una persona que tiene un niño en brazos lograra establecer las características morfológicas de una persona desde una ventana en un sector con poca luz en razón a la hora y que además no hizo nada con el fin de salvaguardar su seguridad y la de su menor hijo cuando además no hizo nada con el fin de salvaguardar su seguridad y la de su menor hijo cuando se encontraba en la ventana gritando, para el despacho este testimonio es poco creíble desde todo punto de vista de la sana crítica, toda vez que lo primero que hace una persona que tienen un menor en brazos cuando escucha detonaciones es esconderse o buscar refugio. ”

Y más adelante:

“Por tanto el despacho no puede condenar a una persona que no fue vista directamente, ni por su víctima y mucho menos por unos testigos contradictorios y en caso de duda esta resolverse en favor del procesado.”

Si se mira el texto transcrito de la sentencia objeto de impugnación, surge con nitidez sostener por la Sala, que estamos frente a una construcción argumentativa *anfíbológica* la cual según pacífica y reiterada jurisprudencia penal de la Corte, es constituida por la emisión de unas premisas que a la sazón son conceptualmente contrarias y excluyentes lo cual no permite establecer en donde se materializa la real voluntad del Juez, porque el panorama considerativo confunde la sensibilidad del pensamiento del intérprete o de aquel sujeto destinatario a cumplirlo.

Primordialmente porque el Juez, abandonó dentro del ejercicio valorativo de las pruebas hacerlo en su conjunto como obligadamente lo señala el artículo 238 de la ley 600 de 2000, exponiendo desde luego razonadamente el mérito que le asigne a cada prueba. En nuestro caso, si se mira con detenimiento todo el caudal probatorio y aquellos medios de pruebas de notable importancia para la concreción de la solución del caso planteado en este proceso penal, se verá ostensible que ni siquiera tangencial o genéricamente se hizo alusión por parte del Juez, a unas evidencias como son los informes policivos, sin importar el carácter limitado que se les asigna por el legislador procesal penal en su artículo 314, mismo que los categoriza como orientadores de la investigación penal, por lo que si ese papel le viene dado legítimamente a los informes de policía, no puede in limine quitársele cualquier aporte probatorio para las resultas del tema objeto de interés para el Estado, como lo es la existencia de una conducta punible, que armonizado con otros brindan un colosal aporte para que se establezca la existencia del delito y la responsabilidad penal que le pueda caber al acusado.

Esta particular acotación tiene su existencia a partir de las debilidades argumentativas avistadas en el fallo absolutorio e incluso desde la evidente parcelación evaluativa de las pruebas que se registra también en la sindéresis que como sustento hizo el Juez, desechando el testimonio de Ana Franco, porque afirmó que no puede creérsele a esta testigo en los señalamientos directos que hace sobre todas las circunstancias temporales, espaciales y modales en que ocurre el atentado criminal a José Ángel Bolaños Rivas, ya que en palabras del mismo Juez, le permitió concluir que *“toda vez que lo primero que hace una persona que tiene un menor en brazos cuando escucha detonaciones es escondarse o buscar refugio”* por lo que según este aserto la conclusión sería que en ese estado emocional ningún testigo puede dar las características físicas más o menos acorde de la persona que se afirma es el sujeto agente de la conducta punible que le son achacadas por la Fiscalía General de la Nación.

Para la Sala, esta elucubración del Juez de instancia lo que crea es una tarifa valorativa negativa para aquella testigo que por circunstancias naturales fruto de su ordinaria convivencia en el seno de su residencia se dio a la tarea de cargar un menor de edad en sus brazos y en estos momentos precisos estando recreándose visualmente con el menor en cercanías de la ventana de la casa que habita observa el desarrollo de los sucesos criminales que nos interesan tanto que pone en evidencia todo lo que percibió no solo ante la policía judicial, sino dos veces ante el delegado de la Fiscalía General de la Nación, cuando declara bajo la gravedad de juramento y también cuando hace un reconocimiento fotográfico para identificar al probable autor de la conductas punible, igual bajo la gravedad de juramento y

con la contribución del delegado del Ministerio Público, quien es garante de la aplicación del derecho, representante de la sociedad y defensor de los derechos fundamentales según expresas facultades contenidas en el artículo 277 de la Constitución Política de Colombia.

De consiguiente, se colige perfectamente equivocado el razonamiento antes expuesto y que edificaría una hipótesis que no encuentra engaste positivo en la lógica y mucho menos en las reglas de la experiencia al extremo que sería morigerar al absurdo al resistirse de recibir el que una persona que carga un niño o menor de edad en sus brazos jamás podría dar fe del mundo circundante en donde se encuentra en determinado momento de su vida e incluso tampoco podría acopiar según se expone en el fallo, todos aquellos sucesos que no se representa puedan ocurrir a su alrededor o dentro del dominio de la órbita de acción de sus sentidos entre ellos la percepción como instrumentos de información a la memoria.

Y esta afirmación de la Corporación, es válida por dos razones poderosas, constituidas en una de tipo dogmático y otra de carácter exclusivo de la valoración probatoria: (i) La dogmática basada en las reglas especiales contenidas en el artículo 277 del Código Penal, las cuales son los principios de la sana crítica, lo relativo a la naturaleza del objeto percibido, al estado de sanidad del sentido o sentidos por los cuales se tuvo la percepción, las circunstancias de lugar, tiempo y modo en que se percibió, a la personalidad del declarante, etcétera; y (ii) Que tiene que ver con la no prohibición legal de valorar un testimonio como el que expone Ana Franco, quien a pesar de la incomodidad que le represento estar cargando a un menor al momento de los hechos, no es límite para concluir que sus sentidos no estén del todo abiertos para introducir en su encéfalo o memoria los datos relevantes que su estado mental puede percibir en esos momentos de su vida y bajo esas particulares condiciones.

Se insiste, así vistas las cosas de atender el desecho probatorio del testimonio de Ana Franco, como lo hace el Juez, se estaría creando una regla de pensamiento que no tolera la lógica y tampoco las razones suficientes derivadas de la experiencia. Ya que se entendería a partir de tal supuesto que toda persona que tiene incomodidades físicas por razones disímiles e incluso cargar un menor de edad, se admitiría caóticamente que no tiene la aptitud mental o sensorial para poder registrar un suceso criminal, que involucra la activación de un arma de fuego, pues se esforzaría en esas reveladas circunstancias a huir del lugar de los hechos o a ponerse a buen recaudo para no ser destinatario de un proyectil de arma de fuego, como en nuestro caso, que tenía objetivo diferente a la testigo, pero ello no es así, según el principio de razón suficiente que a continuación describimos según la doctrina:

“El principio de razón suficiente, formulado por Leibniz, en su enunciado afirmativo, reza: “todo lo que es tiene su razón de ser”, y en el negativo “nada hay sin razón suficiente”. De este principio se deriva, entre otros el principio de causalidad

*Estos principios, al igual que otros como de estímulo-respuesta y antecedente-consecuente, deben guiar en la reflexión que conduce a la percepción razonable. Ellos constituyen métodos para el raciocinio que se orienta a la captación de la verdad”.*²⁸

Esto como se afirmó no es lógico ni coherente habida cuenta que puede suceder que se observe plenamente todo el suceso fáctico, por solidaridad con el vecino como aquí ocurrió y que desembocó en que Ana Franco, gritara para impedir la culminación del cometido de los sicarios contra José Ángel Bolaños Rivas, tanto que grabó sensitivamente la imagen física de quien dispara el arma de fuego con todas las características físicas del acusado, al punto que lo

²⁸ MARIN MORALES, Gustavo. Ciencias de las pruebas penales sistema acusatorio. Editorial Ibáñez. Pág. 309

reconoce fotográficamente, a pesar que esta diligencia es autónoma- art 304 ley 600 de 2000- constituye una extensión del testimonio pero el Juez de primer nivel, ni siquiera hizo referencia a esta nueva incursión testimonial de Ana Franco, que se integra a su inicial evocación para formar un todo e infundir el conocimiento del operador judicial, mírese lo que dijo en su declaración jurada y que contrasta afirmativamente con el reconocimiento fotográfico hecho en cumplimiento de todos los requisitos legales y se obtendrá que vio al sicario que dispara a la víctima:

“...y es cuando escuchamos el disparo y en ese momento yo me asomo por el ventanal con el bebe cargado, corro el ventanal y empiezo a gritar porque el tipo lo iba a rematar ahí y empiezo a gritar que alguien active la alarma y es cuando el tipo que maneja la moto se levanta el casco y le grita al otro que no tiene casco y le grita “remátalo”, pero el tipo que viene con el arma en la mano viene caminando en una forma serena hacia a la acera de mi casa o sea a la puerta de mi casa y no me quitaba la mirada, mi esposo activa la alarma y empieza a bajar las escala para recoger al señor Bolaño, y yo empiezo a gritar que el tipo del arma, está parado en la puerta de mi casa. El tipo al escuchar la alarma y al ver que yo no dejo de gritar, le hace señas al conductor de la moto para que haga la “U” y lo recoja, el tipo del arma al montarse en la moto vuelve la mirada hacia mi cuarto que muy a pesar que está en el segundo piso de la casa, queda en todo el frente de donde sucedieron los hechos. Preguntado: Sírvase decir la declarante si usted estaría en condiciones de reconocer a las personas que conducía la moto y al que disparó el arma de fuego en la noche de los hechos que fue herido mortalmente el señor Bolaño, en la eventualidad de que se le colocara de presente, en caso afirmativo, sírvase suministrarnos los rasgos físicos de los mismos. Contesto: Si estaría en condiciones de reconocer al que disparó el arma, porque fue quien estaba sin casco puesto. Esta persona es moreno, de contextura delgada, por lo menos de 1.65 de estatura, de unos 22 a 24 años de edad, nariz ancha, cejas tupidas, tenía lo que unos llaman el corte militar, totalmente rapado, con unas patillitas, por su apariencia costeño.”²⁹

Ahora bien, los conceptos negativos sobre la credibilidad del testimonio de Ana Franco, que vierte el Juez de primer nivel en el fallo absolutorio, a juicio de la Corporación, son ostensiblemente apresurados y sin que posean arraigo profundo en los principios que gobiernan la crítica del testimonio ya que la conclusión negativa por cierto tiene como fuente un trabajo a la sazón elíptico y desde luego basado en una de las variadas posibilidades de reacción que tiene un ser humano frente al impacto que le causa el observar un atentado criminal, cuando en esos instantes se encuentra cargando un menor en sus brazos, lo que propondría la probabilidad que asume el Juez de que Ana Franco se pusiera a buen recaudo. Pero que no escruta para asumir esta posibilidad otras alternas posiciones de reacción como la que la testigo nos pone de manifiesto y que consiste en quedarse impávida grabando mentalmente todas las aristas del suceso criminal que adoba con acciones encaminadas desde sus posibilidades de vista el que no se acabara con la vida de la aquí víctima, siendo aquellas el emitir gritos de socorro y suplicar que se activara la alarma para que los vecinos acudieran por solidaridad en ayuda de aquel furtivo residente del lugar que se ve envuelto en inmerecidas agencias delincuenciales, que fue lo que aquí ocurrió sin que se haya legalmente recaudado medio de prueba que permita inferir lo contrario.

La doctrina jurídico penal, sobre la memoria, su estructura y elementos que se congratulan con las formas de fijación de los hechos por parte de los humanos e igual sobre el poder de rememoración que estos pudieran tener sobre unos hechos relevantes, han creado una serie de protocolos que son vitales para la aplicación de la persuasión racional como fenómeno de

²⁹ Folios 14 al 16, cuaderno de fiscalía.

utilidad en el proceso de evaluación de las pruebas, entre ellas la percepción, por ello nos damos a la tarea de citar un doctrinante sobre estas particularidades:

“Para incorporar a nuestra memoria cualquier percepción o experiencia son necesarios distintos actos: tenemos que comprender lo percibido, para lo que es preciso un cierto grado de atención, y necesitamos fijar lo comprendido. Esta fijación presupone una capacidad para ello. Admitimos que de este modo se producen en nuestro cerebro ciertas mutaciones permanentes; que para la fijación de estas mutaciones se necesita cierto tiempo; que la disposición del cerebro para la formación de estas mutaciones es variable y que es posible que estas huellas de la memoria (engramas) cobren de nuevo vida cuando reproducimos lo que antes hemos observado, cuando lo recordamos. Distinguimos en ese punto la capacidad de fijación, por medio de la cual recibimos la nueva material de la memoria, de la memoria misma, que comprende la posesión completa de los recuerdos almacenados con anterioridad y, por consiguiente, todo nuestro saber.

...

¿Cuán exacta es la memoria? Esta cuestión se indagó en una serie de estudios en los que se pidió a los sujetos que leyeran historias y luego las repitieran. Al analizar las historias recordadas se vio que eran más cortas y más coherentes que las historias originales. Así, las historias que éstos repetían reflejaban reorganización, reconstrucción y condensación del original. Los sujetos no eran conscientes de que estaban corrigiendo las historias originales y, a menudo, estaban más convencidos de su propia versión corregida que del texto original. Los sujetos no estaban inventado; simplemente estaban interpretando el material original para darle así sentido al recuerdo.”³⁰

En suma, tal como se barruntó en acápites precedentes los argumentos del fallo absolutorio son también contradictorios desde el punto de vista de la elusión del tratamiento en conjunto de las pruebas ya que no se corresponde con un verdadero proceso suasorio de todas las pruebas al dejarse de lado la crítica del testimonio de Elena Rebolledo de Foliaco, a quien solo se le asigna un apartado enunciativo en donde se le da la calidad de testigo presencial de los hechos y también se le adjudica que esta vio cuando la víctima se defendía del sicario lo mismo que el afirmar que el presunto homicida es una persona de piel blanca, delgada y acachacada, sin contrastar tal aceptación verbal bajo la gravedad de juramento, con el testimonio que también es directo de Ana Franco. Sin embargo, sin más referencia sobre esta testigo se sumerge el Juez, en desechar el testimonio de Ana Franco, cuando con sus propias palabras la testigo Elena Rebolledo Foliaco, fortifica la versión dada por esta última testigo, repítase mucho menos hizo alusión alguna al reconocimiento fotográfico que para la Sala, desde el punto de vista formal y material es legal y además sujeto a una obligada valoración en conjunto con las demás pruebas, no hacerlo hace que la sentencia se torne frágil para satisfacer la expresión clara de una decisión de la administración de justicia. Por eso solo basta con mirar la narrativa de la testigo Elena Rebolledo Foliaco, para tener una visión certera de que la dada por Ana Franco, obedece a la realidad de lo percibido, mírese:

“...eran las 7:10 de la noche aproximadamente, vi cuando llegaron dos señores en moto de color negra, chalecos oscuros y con cascos los dos, se parquearon en la esquina es decir en frente de donde estábamos, se bajó el parrillero y mirando hacia la acera, se puso a arreglar supuestamente la llanta trasera de la moto, venía por toda la carrera el doctor Bolaños, cuando se acercó por donde estaba parqueada la moto, la persona que estaba agachada se le abalanzó hacia encima del doctor, el doctor reaccionó colocándole el bastón encima y luego suena el disparo, metí a las niñas, mi hija correa (sic) a sonar la alarma y mi madre y mi madre (sic) corre hacia la calle a auxiliar al doctor Bolaños... precisamente solo del parrillero, que es alto, delgado, nariz fileña,

³⁰ MORALES MARÍN, Gustavo. Ciencias de las pruebas penales sistema acusatorio. Editorial Ibáñez. Pág. 187 y 188.

corte bajo y de tez moreno claro, vestía primero un chaleco oscuro creo que azul con letras plateadas, debajo se veía como unas mangas blancas y blujean, le vi la cara a este por el casco se lo quito, el otro se quedó montado en la moto, que dejó prendida y tenía el casco puesto, solo le aprecie el chaleco y el pantalón jeen. Preguntado: Díganos la declarante si usted está en condiciones de realizar un retrato hablado sobre las características morfológicas de este sujeto. Contesto: Sí... la visibilidad era en términos regulares, porque los focos de la casa de la esquina se encontraban apagados, alumbraba solo la lámpara de servicio público.”³¹

En razón de que si ambas testigos son coincidentes en los puntos esenciales de cómo ocurrieron los hechos no hay motivo suficiente para que se diga en la sentencia absolutoria que Ana Franco, miente porque tenía que huir de la escena del crimen para salvar al menor que cargaba y a su propia integridad física, pero contrario sensu nada se dijo sobre las condiciones antecedentes, concomitantes y posteriores a los hechos con relación a la testigo Elena Rebolledo Foliaco, a quien si fuesen ciertos los argumentos del Juez, también le desecharía su credibilidad desde la óptica falaz de que también debía asegurar su vida e integridad física para no ser objeto de acción por parte de los facinerosos.³²

Ello así expuesto nos arrojaría una eliminación por anticipación dentro del marco de la credibilidad de todos aquellos testigos que fueron de unos hechos criminales vividos, testigos mismos que se encuentran cercanos a la escena del crimen y también de los sujetos agentes de estos sucesos. Inaceptable postura para la Judicatura, que rompe la inercia de la convivencia ciudadana y de la mayor solidaridad que se engendra a partir de la visión manifiesta de tener a un individuo en inferiores condiciones de defensa frente a la agresión de unos rutilantes personajes, máxime cuando esa solidaridad emerge inopinadamente por razones de vecindario e inmediatez cotidiana con el sujeto pasivo de estas acciones, lo que hace que la atención sobre este discurrir se torne desesperada y guiada con unas improntas abiertas para la percepción de los sucesos, lo cual en tales condiciones facilitan al testigo su rememoración con el propósito notable de ayudar en las gestas de la administración de justicia, para que clarifique el asunto y castigue a los agresores.

Esto fue lo que le ocurrió a las dos testigos presenciales, a quienes le cree el Tribunal, Elena Rebolledo Foliaco y Ana Franco, personas que debían estar en el lugar donde residen sin importar que por azares de la vida fueran testigos de unos hechos criminales que no provocaron y mucho menos fue su voluntad la de convertirse en testigos directos de estos en razón que quien elabora el iter criminis son dos personas que no residen por el lugar de los acontecimientos y sin embargo preparan, ejecutan y consuman parcialmente un atentado criminal, que fue llevado por la oportunidad buscada para acabar con la vida de su vecino José Bolaños Rivas, en las laderas del hogar de estas testigos presenciales. De suerte que cómo es posible que no se le crea a Ana Franco, que no trajo a sus sentidos los hechos sino que conmovida por éstos le correspondió observarlos casi que obligada por razón de la inercia de sus actividades cotidianas y de cuidado de un menor de edad que es a penas elemental que estos quehaceres sucedan en la mayoría de los hogares colombianos. Pero que no

³¹ Folios del 22 al 24, cuaderno de fiscalía.

³² Corte Suprema de Justicia. Auto del 09 de octubre de 2013, radicado 41.026. M.P. Eugenio Fernández Carlier: “En materia de valoración del testimonio frente a la regla de experiencia que invoca el actor, hay que tener en cuenta que una es su coherencia y uniformidad intrínseca, y otra la extrínseca. Lo primero se relaciona con la armonía y falta de contradicciones de la versión general y completa de un suceso, ya sea que ésta se hubiese realizado en una sola intervención o en varias y distintas oportunidades, en tanto que lo segundo tiene que ver con la concordancia que halle ese relato en otros medios de prueba de igual o diferente índole legalmente aportados. Solo cuando no hay coherencia y uniformidad intrínseca resulta válido emplear la regla de la experiencia que arguye el censor para restar mérito suasorio al dicho del testigo”.

incursionó en estos hechos por curiosidad o porque tercera persona le comentara lo sucedido.

De modo que existen medios de prueba que remueven la presunción de inocencia de Freddy Daniel de la Aguas Peláez, para dar paso a su responsabilidad penal en el delito de tentativa de homicidio agravado. Señalando el Tribunal, que frente a la existencia material de ésta conducta ninguna discusión surge y mucho menos del fallo absolutorio ora de la postura de la defensa del encartado por lo que cualquier referencia a ello salta de bulto, en el entendido que existen evidencias físicas y testimoniales que así lo acreditan.”

FUENTE NORMATIVA: artículo 314 y 238 ley 600 de 2000 y artículo 277 constitución política

FECHA: Diciembre 1 de 2014

RADICACIÓN: 080013104006200700449/**2014-00255**

DECISIÓN: Revoca Sentencia Absolutoria. Condena por el delito de Tentativa de Homicidio Agravado

JULIO OJITO PALMA
PRESIDENTE

MARÍA MERCEDES BARRIOS BORRERO
RELATORA

Nota: Las providencias publicadas en este boletín fueron solicitadas a los respectivos Magistrados Ponentes y recibidas a través del correo electrónico y/o por intermedio del auxiliar judicial autorizado. En caso de atender eventuales inconsistencias, se sugiere que sean puestas en conocimiento de la relatoría.