

Boletín del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla



Septiembre 2013

Número 17

Es motivo de orgullo para nosotros continuar con la labor de difusión de las providencias relevantes producidas por nuestra Corporación, que presentamos en esta nueva edición.

Como hemos reiterado siempre, la labor de publicidad de éstas persigue acercar a la comunidad, a los usuarios, jueces y empleados a las discusiones que son del conocimiento de esta Colegiatura, con el fin de dar a conocer los planteamientos y soluciones a los problemas jurídicos que día tras día son objeto de las decisiones judiciales.

Conforme las nuevas exigencias que nos presenta el ordenamiento jurídico, cada día se hace más necesario conocer los precedentes, analizar las razones de hecho y de derecho, el debate probatorio y las teorías que construye la doctrina y jurisprudencia nacionales, de las cuales se alimentan nuestras providencias judiciales, y que aspiramos contribuyan con la encomiable labor de administrar justicia.

SONIA ESTHER RODRIGUEZ NORIEGA
PRESIDENTE

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BARRANQUILLA

PROVIDENCIAS DE INTERÉS DE ESTA CORPORACIÓN

BOLETIN No. 17 - SEPTIEMBRE 2013

1. SALA CIVIL-FAMILIA

SENTENCIA DE DIVORCIO-Falta de valoración probatoria/Medios de prueba deben valorarse en conjunto/**SANA CRÍTICA, INFERENCIAS RACIONALES Y REGLAS DE LA EXPERIENCIA**-Constituyen herramientas básicas en la apreciación probatoria y la actividad judicial/**PRUEBAS DOCUMENTALES**-Las arrimadas al proceso demuestran fehacientemente los maltratos físicos y psicológicos padecidos por la demandante/**TESTIMONIO**-Valoración y eficacia probatoria

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: Dr. DIEGO OMAR PÉREZ SALAS

Causa fáctica: En el presente caso, el fallador de primera instancia negó el decreto del divorcio invocado al considerar que no se encontraba demostrado en el proceso las causales invocadas por la demandante, echando de menos el acervo probatorio recaudado en el proceso.

Extractos: “En efecto, los hechos que configuran la causal de divorcio invocada, vale decir, los ultrajes, el trato cruel y los maltratamientos de obra, ocurridos principalmente el día 4 de febrero de 2012, se encuentran demostrados a plenitud con las siguientes piezas probatorias de linaje documental, informe de expertos y testimonial, así:

A folio 18 del proceso obra el oficio suscrito por el subintendente Jorge Luis Oliveros Fragoso, de la Policía Metropolitana de Barranquilla, por medio del cual se remitió a la señora demandante al Instituto de Medicina Legal a efectos de ser valorada para determinar las lesiones físicas y la incapacidad médico legal, por el presunto delito de violencia intrafamiliar,

Milita en el expediente (folios 19 a 23 cdno principal), el informe técnico médico legal de lesiones no fatales, derivado del primer reconocimiento médico legal practicado por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, a la demandante xxxxxxxxxx, el que da cuenta, entre otras cosas, que la citada señora xxxxxxxxx, en hechos ocurridos en su casa el 4 de febrero de 2012, atribuibles al demandado, su esposo xxxxxxxxx, sufrió en su humanidad las siguientes lesiones: en la cara, equimosis rojiza de 2 y 4 cm acompañada de edema leve perilesional localizada en región frontofacial izquierda y en mejilla izquierda; en el cuello, equimosis rojiza de 2 cms acompañada de edema leve perilesional localizada en región cervical derecha, refiere dolor a la movilización del cuello; lesiones corporales que determinaron incapacidad médico legal provisional de 12 días, según se puede observar en el mismo documento público incorporado como prueba anexa a la demanda, probanza que también refiere que la demandante fue enviada a valoración psicológica en virtud de la situación que rodeaba su entorno familiar.

Además, el informe psicológico suscrito por la psicóloga clínica Maritza Osorio Guette (folios 25 y 26 cdno principal), señala, fundamentalmente, que la demandante muestra una alteración emocional "...la cual se manifiesta en una ansiedad, lo que concuerda con el diagnóstico médico de fibromialgia, la cual es producida por una ansiedad fuerte, además de los otros síntomas que presenta la paciente. Actualmente está tomando medicamentos para el sueño y para la ansiedad...",

La señora, xxxxxxxx, denunció los hechos de violencia física cometidos por su esposo ante la Fiscalía General de La Nación, donde fue convocado a diligencia de conciliación la que no se realizó por inasistencia del citado xxxxxxxx, según se infiere del acta de inasistencia del citado, suscrita por Cristóbal de La Torre, asistente de Fiscal I (folio 24 cdno principal),

Y, la declarante Blanca Margarita Franco González (folios 175 a 177 cdno principal), refiere en el conjunto de su testimonio, la ocurrencia de hechos configurantes, claramente, de trato cruel, ultrajes y maltratamientos de obra padecidos por la demandante y causados por el demandado, versión testimonial que no puede ser catalogada como de oídas, pues, varios pasajes del dicho de la testigo aluden a hechos presenciados directamente por la declarante, por ejemplo, la situación o secuelas físicas en la humanidad de la actora tras un acto del esposo, que la testigo relata así: *"...un día me llamó toda alterada llamando porque Ramiro la había tratado de ahorcar y era evidente que tenía un maltrato en el cuello y llegó en un estado de pánico terrible y con mucho miedo de llegar a la casa, ella llamó a una amiga abogada y me (sic) comentó lo ocurrido y la amiga le dijo que fuera a Medicina legal porque era muy delicado lo que estaba ocurriendo..."*, probanza que complementa en forma lógica y coherente las probanzas anteriormente reseñadas.

Destaca el Tribunal que las referidas probanzas si bien fueron vistas por el Juzgado de primera instancia, luce coruscante que su ponderación y valoración resulta contraevidente frente al contenido material de los mismos medios de convicción analizado a la luz de la sana crítica probatoria, que supone a efectos valorativos de las pruebas, entre otras cosas, poner en juego el análisis crítico de los testimonios, las inferencias racionales, la lógica jurídica y las reglas de experiencia; referentes que ciertamente el Juez a quo pasó de largo en su análisis probatorio notoriamente equivocado.¹

En efecto, la sentencia combatida otorga total credibilidad a los hijos del matrimonio xxxxxxxx, los jóvenes xxxxxxxx y xxxxxxxx, quienes desconocen las agresiones físicas y psicológicas que ha realizado el demandado, bajo la argumentación elemental de que son quienes conocen de primera mano las relaciones de los cónyuges, empero, olvida el Juzgado de conocimiento que la señora demandante, progenitora de los testigos, tiene una mala relación con sus hijos a tal punto de existir distanciamiento con ellos, según se infiere de la misma valoración psicológica de marzo de 2012, en la que se puede leer que la demandante "... no tiene una buena relación con sus hijos..." (folio 25 cdno principal), hecho afirmado también por la testigo Blanca Margarita Franco González, quien sobre el punto indica: *"... y también se deprimió muchísimo -alude a la demandante- porque quedó lejos de sus hijos porque sus hijos no la llamaban y hubo un distanciamiento de sus hijos y quedó padeciendo problemas económicos... psicológicamente Margarita ha estado muy*

¹En punto de valoración de la prueba testimonial y de la eficacia probatoria del testimonio, puede verse, entre otras muchas, las siguientes sentencias recientes de la Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, sentencia de 19 de diciembre de 2012, radicación 41001-31-10-005-2008-00008-01, M.P. Arturo Solarte Rodríguez, Sentencia de 20 de marzo de 2013, radicación 47001-3103-005-1995-00037-01, M.P. Margarita Cabello Blanco.

ansiosa por el proceso de divorcio, la familia le dio la espalda por completo, los hijos se han angustiados por la parte económica...” (folio 176 y 177 cdno principal), de tal suerte que, esta circunstancia de hecho, el distanciamiento entre madre e hijos, explica el contenido del testimonio de aquéllos, empero, al tiempo, justifica la falta de credibilidad de tales versiones testimoniales afectadas por la mayor cercanía afectiva de los declarantes con el demandado; hecho no ponderado por el Juez de primera instancia, en su laborío probatorio.²

También la sentencia de 1 de febrero de 2013, dejó sin fundamento el informe de medicina legal relativo a las lesiones corporales sufridas por la demandante bajo el raciocinio de no haberse establecido la autoría de aquéllas en cabeza del señor, xxxxxxxx; conclusión probatoria que va en contravía de la lógica probatoria y que desconoce de paso el proceso deductivo o de inferencias que admite toda valoración probatoria, pues, sensato resulta afirmar que el autor de tales lesiones corporales que registró el Instituto de Medicina Legal fueron ocasionadas por el demandado, como quiera que tales hechos de violencia intrafamiliar ocurrieron en el hogar de los cónyuges, la denunciante es la esposa del denunciado y por ende las reglas de experiencia enseñan que en estos casos el cónyuge agredido afirma hechos ciertos ante las autoridades competentes –léase Fiscalía General de la Nación, Instituto de Medicina Legal- y por tanto, es de creer, sin mancha de mentira, en la versión sobre los hechos constitutivos de la agresión que rindió en su momento y época la señora demandante ante esas autoridades; inferencias lógicas que el Juzgado lamentablemente no hace en la providencia recurrida.

Sobre este tópico de las lesiones corporales y la autoría de las mismas, la Sala agrega que sus conclusiones probatorias sobre el punto no varían no obstante, desconocer el supuesto o presunto acuerdo que refiere el apoderado de la demandante en su intervención verbal del 31 de julio de 2013, pues, tal probanza no milita en el plenario y no fue incorporada al mismo, considerando que según el apoderado esa conciliación ocurrió el 19 de junio de 2012, vale decir, en fecha posterior, a la presentación de la demanda que tuvo lugar el 13 de marzo de 2012, razón por la cual, no se considera la existencia de tal acuerdo conciliatorio, pero, en nada cambia las conclusiones probatorias que sobre el tema la Sala ya ha realizado.

Similar comentario debe hacerse frente al desdén probatorio que hace el sentenciador a quo en relación con el informe técnico de la sicóloga clínica, pues, la lógica elemental enseña que la situación descrita por la experta sobre la salud mental y estado psicológico de la demandante es causado por los hechos imputables al esposo demandado, como quiera que ese fue el motivo de consulta con la citada profesional de la salud, de tal suerte que la alteración emocional traducida en un estado de ansiedad concordante con el diagnóstico médico de fibromialgia, es producto necesario de la situación de maltratos y trato cruel causados a la demandante por su esposo demandado, deducción o inferencia que se obtiene de la historia personal vertida sobre la demandante en el susodicho informe psicológico, que la Sala acoge sin reservas.

Ahora bien, se sabe que la demandante alega las causales 2° y 3° para lograr el cese de los efectos civiles de su matrimonio católico celebrado el 21 de septiembre de 1990, con el

² En punto de la valoración del mérito probatorio del testimonio, en especial, sobre la crítica de las condiciones morales del testigo donde pueden considerarse incluidas las relaciones del testigo con las partes, véase, a guisa de ejemplo, por todos, teoría general de la prueba judicial, Hernando Devis Echandía, tomo II, editorial Temis S.A., quinta edición pags. 254 a 256, además la literatura jurídica extranjera es abundante sobre el tema, consúltese, por todos, crítica del testimonio, Francisco Gorphe.

demandado xxxxxxxx (folio 15 cdno principal), motivos de divorcio calificados como causales subjetivas, que requieren prueba de su acontecer –efectivamente acreditadas en esta causa- y que traen como secuela la condena al pago de alimentos a cargo del cónyuge culpable –el aquí demandado-, y a favor del inocente, la demandante, xxxxxxxx, según se infiere del contenido del artículo 411 numeral 4 del Código Civil modificado por el artículo 23 de la ley 1 de 1976, (...).

Con este panorama probatorio sobre las causales invocadas en este juicio, es obvio que el Tribunal impondrá condena de alimentos a cargo del demandado y a favor de la demandante, considerando que a la fecha, la demandante no cuenta con ingresos o rentas para su propia subsistencia, -afirmación contenida en el hecho 6° de la demanda, no desvirtuada- según revela el material probatorio recaudado, y, de paso, el demandado, médico de profesión, sí tiene ingresos y rentas elevadas que permiten sin dificultad alguna satisfacer la obligación de alimentos a favor de su esposa, comoquiera que ejercita su profesión, recibe ingresos por la misma, percibe cánones de arrendamiento de varios locales o apartamentos que conforman el inmueble de la carrera 38 #70B-33, lo que implica tener suficiente capacidad económica, condena económica que se abre paso por la causal demostrada en el proceso, las consecuencias que aquélla genera para el cónyuge culpable en favor del cónyuge inocente del divorcio, (...), que será reajustada anualmente conforme al índice de precios al consumidor.”

FUENTE NORMATIVA: Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, sentencia de 19 de diciembre de 2012, radicación 41001-31-10-005-2008-00008-01, M.P. Arturo Solarte Rodríguez, Sentencia de 20 de marzo de 2013, radicación 47001-3103-005-1995-00037-01, M.P. Margarita Cabello Blanco. Artículos 154 y 411 numeral 4 del Código Civil modificado por el artículo 23 de la ley 1 de 1976.

FECHA: Agosto 2 de 2013

RADICACIÓN: 08-001-31-03-003-2012-00085-01/**00011-2013F**

DECISIÓN: Revoca decisión de primera instancia.

INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL-Se deriva de la falta de cuidado en las obligaciones derivadas en el contrato de cuentacorrente/ **RESPONSABILIDAD CIVIL POR EL PAGO DE CHEQUES FALSOS-** Teoría de la falsedad notoria/**CUENTACORRENTISTA-**Debe asumir las consecuencias dañinas generadas por el hurto o pérdida de sus cheques sino da aviso oportuno a la entidad financiera

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: Dr. ABDÓN SIERRA GUTIERREZ

Causa Fáctica: En el presente caso, se solicita la declaratoria de responsabilidad contractual a una entidad bancaria por la cancelación de cheques falsos que no eran originados por el cuentacorrentista.

Extractos: “(...)El contrato bancario no es la excepción de aquella regla general y de él surgen obligaciones bilaterales, es decir, para cada una de las partes.- Para el Banco que es una persona jurídica dedicada a la intermediación financiera y quien recibe los dineros de parte del cuentacorrentista le incumbe, además de cuidar dichos entregados en depósito, debe cancelar los cheques mediante el cual se dispone de dichas sumas, mientras que el cuentacorrentista le incumbe disponer de esos dineros depositados en los

formatos de cheque entregados por el Banco y tomar todas los cuidados necesarios para el adecuado uso de las mismas.-

Por lo tanto el pago de cheques no provenientes del cuentacorrientistas, que se han llamado pago irregular o falsos de cheque configura un incumplimiento de las obligaciones nacidas del contrato de cuenta corriente para el Banco.

Pues el régimen normativo de la responsabilidad civil de los establecimientos bancarios por el hecho del pago de cheques falsos o alterados se encuentra regulado fundamentalmente en tres normas de nuestro estatuto comercial, concretamente en los artículos 732,733 y 1391.-

Los artículos 732 y 1391 regulan la regla general de la responsabilidad de cheques falsos o irregulares cuya falsedad ha ocurrido en la circulación del título valor, del cual, la Corte Suprema ha elaborado una línea jurisprudencial, que podemos resumir de la siguiente manera:

Las entidades financieras responderán, por regla general, por el pago de los cheques falsos y en tal sentido los cuentacorrientistas nadan deben probar respecto de aspectos subjetivos del comportamiento del Banco, pero sentado que esta responsabilidad no es absoluta porque si la entidad demandada logra probar la existencia de un vínculo de causalidad entre la falsedad y la conducta del cuentacorrentista o de sus dependientes, exonera al Banco de responsabilidad por pago del cheque falso, amén de no haber sido oportunamente informado del pago de un cheque falso dentro del término de los 6 meses siguientes al envío de información suministrada por el banco al cuentacorrentista sobre el pago que se alega falso.

Por el contrario, el artículo 733 del C Co. gobierna una situación conexas con el pago de un cheque falso, pero el supuesto fáctico de que parte esta norma es diferente de los anteriores artículos y parte de la base que el cheque pertenece a los formatos entregados por el ente financiero al cuenta corrientista ,pero que éste permitió la sustracción o hurto de uno o varios de ellos, que siendo falsificados, presentados para su cobro y pagados por la entidad financiera.-En este evento la norma reseñado expresa que si el cuentacorrentista no avisa oportunamente del hurto o sustracción de los formatos de la chequera, lo que debe entenderse antes del pago de los instrumentos negociables, el Banco quedaría exonerado de responsabilidad, excepto que se demuestre de parte del cuenta corrientista que la falsificación brincaba al ojo, que era notoria.

De manera que, sin importar para nada la conducta asumida por el cuentacorrentista, si el pago de los cheques falsos se debe a que los formatos fueron sustraídos de la guarda del demandante, le incumbe a éste sufrir las consecuencia dañinas de dicha perdida, a no ser que, el cuentacorrientista avisara oportunamente al Banco de dicho hurto o sustracción, porque de lo contrario le correspondería asumir la carga probatoria de que la falsedad plasmada en los títulos cobrados era notoria. De lo contrario el Banco quedaba exonerado de responsabilidad.

Precisando que debemos entender por falsedad notoria, la Corte Suprema, Sala Civil, expresó:

“Es notorio lo manifiesto, palmario, patente o como lo ha dicho la Corte.” la evidencia clara de una cosa”, es decir, cuando...”ella supone un resalto a la simple vista de lo que se considera notorio, sin que para detectarlo se requiera de un análisis minucioso, una comparación de detalles minuciosos que solo se logran advertir con ayudas técnicas o conocimientos. De Ahí de que cuando lo que se ha de calificarse como notorio, requiere para establecerlo de tales procedimientos, deja de serlo”³

Definido de la anterior forma lo que podríamos decir en apretado resumen, la línea jurisprudencial de la Sala Civil de la Corte Suprema respecto de la responsabilidad por pago de cheques falsos, corresponde a la Sala proceder a estudiar el conjunto probatorio y la clase de responsabilidad que subyace en la pretensión demandantaria, a lo que se procede:

En el hecho 9 de la denuncia penal y el 8 de la demanda civil se expresa que los cheques cobrados como falsos fueron hurtados(folio 113) de las chequeras entregadas por el Banco ha de admitirse que la norma aplicable al caso concreto es el artículo 733 del C de Co y no lo contemplado en el 732 y 1391 de la misma obra de los comerciantes como mucho menos fusionar estas tres normas para deducir una tercera línea jurisprudencial inexistente, como lo que pretendió hacer la funcionaria de primera instancia.

Siendo así, sea lo primera tener por admitido, por las mismas circunstancias en que ocurrieron los hechos, que la demandante no pudo dar aviso al Banco de la sustracción de los formatos de cheques, lo que hace presumir que dicha sustracción tuvo ocurrencia por negligencia, imprudencia o impericia del cuenta corrientista, quien tenía en su guarda dichas chequeras.

De tal manera que, siguiendo la línea de pensamiento de la Corte Suprema, Sala Civil, si el demandante insiste en la responsabilidad del Banco por el pago de dichos cheques, debía cumplir con su carga probatoria de demostrar que la falsedad estampada en los cheques pagados era notoria en los términos que la misma Corte Suprema de Justicia ha dejado establecido y que en esta providencia se ha transcrito.

La única prueba de que se puede echar mano en el presente caso es la practicada en el proceso penal que por los mismos hechos se realizó en la Fiscalía General de la Nación, pero en ello encontramos que en dicho proceso no fue vinculado como parte el ente financiero que ocupa el extremo pasivo, por lo que no pudo controvertir la prueba pericial de grafología que allí se practicó y que es trasladada al presente proceso.

³ Sentencia de 8 de septiembre de 2003.CSJ Sala Civil M.P. Cesar Julián Valencia Copete.-

La anterior circunstancia, pone de presente que desde este punto de vista, la prueba que sirve de sustento a la providencia de primera instancia no le sería oponible al Banco demandado en materia civil.

Las consideraciones precedentes permiten concluir que la ausencia de prueba en el proceso en estudio respecto de la falsedad, y la categoría de ser evidente a los ojos de cualquier ciudadano, conllevan sin mayor esfuerzo a tener por no cumplida la carga probatoria que correspondía al demandante para obtener la prosperidad de sus pretensiones.”

FUENTE NORMATIVA: Artículos 732,733 y 1391 Código de Comercio; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia 8 de septiembre de 2003 M.P. Julio César Valencia Copete.

DEMANDANTE: Fondo de Empleados y Profesionales De La Universidad Metropolitana Y Hospital Universitario Metropolitano “Metrofondo”.

DEMANDADO: Bancolombia S.A.

FECHA: Agosto 15 de 2013

RADICACIÓN: 08-001-31-03-003-2010-00090-01/ **37.231**

DECISIÓN: Revoca decisión de primera instancia.

DESPLAZAMIENTO ENTRE CAUSALES DE DIVORCIO-Legislación aplicable/Desarrollo jurisprudencial/**CAUSALES SUBJETIVAS Y OBJETIVAS**-Debe estudiarse en primer término las de carácter subjetivo/Reiteración Jurisprudencial/**ALIMENTOS**-Alcance de la obligación/Deber de suministrarlos en proceso de divorcio

MAGISTRADA SUSTANCIADORA: Dra. GUIOMAR PORRAS DEL VECCHIO

Causa Fáctica: En el presente caso, el recurrente plantea su inconformidad respecto de la no declaración de la causal de divorcio de separación de cuerpos de hecho a pesar de haberse encontrado probada, así como la conservación de la obligación alimentaria en cabeza del demandante, en los términos de una sentencia preexistente en materia alimentos en favor de mayor de edad.

Extractos: “Como es sabido, la figura jurídica del divorcio regulada en nuestra legislación, ha sido reconocida por la jurisprudencia como contentiva de un sistema mixto de causas que dan lugar a ella, clasificándose estas entre subjetivas y objetivas, siendo distintas tanto a nivel probatorio, como en las consecuencias que se desprenden de ellas.

■ Entre las primeras (causales subjetivas) se encuentran descritas en los numerales 1, 2, 3, 4, 5 y 7 del artículo 154 del Código Civil y hacen referencia de una u otra forma al incumplimiento de las obligaciones o los deberes que adquieren los cónyuges al contraer matrimonio y da al llamado divorcio sanción, pues uno de los casados invoca la disolución del matrimonio y alguna otra situación como pena o castigo al consorte culpable que ha faltado a sus deberes.

(...)

En estos casos, el fallador debe valorar conforme a la sana crítica y bajo los criterios de legalidad, todo lo probado durante el proceso y decidir acerca de la absolución o imposición del divorcio y algunas otras situaciones como sanción. Es menester mencionar que la conducta acusada debe estar claramente probada por parte del cónyuge que invoca la

causal, pues de acuerdo con la legislación procesal civil, corresponde a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que pretenden sean aplicadas.

Las consecuencias o situaciones imposables como sanción del decreto del divorcio sanción por parte del juez de familia, son (i) la condena a dar alimentos a cargo del cónyuge culpable y en favor del cónyuge inocente; y (ii) la revocación de las donaciones revocables que haya hecho el cónyuge inocente al cónyuge culpable⁴

- Entre las segundas (causales objetivas) se encuentran las establecidas en los numerales 6, 8 y 9 del Código Civil y son atinentes a la rotura de los lazos afectivos que dieron origen a la exteriorización de la voluntad de contraer matrimonio, por lo que conducen al *“divorcio como mejor remedio a las situaciones vividas.”*⁵ Es decir que sin ser una sanción o conducta reprochable de alguno de los cónyuges, el divorcio se invoca como la mejor solución al rompimiento de dichos lazos afectivos que en algún momento existieron, producido no por incumplimiento de los deberes impuestos por ley a los cónyuges, sino de la mera liberalidad o diversas situaciones que no implican culpa ni responsabilidad de alguno de los consortes.

Estas causales pueden ser invocadas por uno o ambos cónyuges de forma conjunta, sin encontrarse el juez autorizado para realizar valoraciones probatorias más allá del cumplimiento de los elementos netamente objetivos que se demandan, así como tampoco le es dado realizar apreciaciones sobre la conducta subjetiva de los casados, ya que con estas causales de divorcio no se solicita por no ser procedente, ninguna sanción, sino el decreto del divorcio con la finalidad de remediar la situación actual de los casados.

Afirma la Gardiana Constitucional en la precitada sentencia que en el caso de las motivos objetivas de divorcio la ley respeta el deseo de uno de uno o ambos cónyuges, *“de evitar el desgaste emocional y las repercusiones respecto de los hijos, que implican, tanto para el demandante como para el demandado, la declaración de la culpabilidad del otro y el reconocimiento de la inocencia propia.”*

En lo que atañe al plano de igualdad en que se encuentran las causales de divorcio contempladas en el Artículo 154 del Código Civil, si bien es cierto lo que arguye la Procuraduría con relación a que de la lectura de la normatividad no se deduce una jerarquía entre estas, no es menos cierto que la jurisprudencia ha precisado de forma reiterada una precedencia entre las causales, consistente en que las causales subjetivas se estudian en un primer escenario y de encontrarse probada alguna de este tipo, estas desplazan las objetivas.

Esta tesis jurídica ha sido reiterada por este Tribunal y en caso similar al que se nos presenta, esta corporación luego de fijar los supuestos a analizar, señaló que *“Centrado lo anterior, procederá esta Sala inicialmente a estudiar la causal subjetiva invocada en la demanda de reconvencción por la cual se declaró el divorcio, para luego, en caso de estimar que la misma no prospera, estudiar la objetiva, alegada por el demandante inicial, la cual pide a través de este recurso de apelación que se declare probada.”*⁶

⁴ CÓDIGO CIVIL. Artículo 162.

⁵ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1495 de 2000. MP: Álvaro Tafur Galvis

⁶ TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BARRANQUILLA. Sala Primera de Decisión Civil Familia. Sentencia de Marzo 27 de 2012. Radicado No.: 2010-00374. MP: Alfredo de Jesús Caspiñe Torres

Previa mención de los fundamentos jurídicos del desplazamiento de las causales objetivas por las subjetivas, es pertinente anotar que el plano de igualdad y proporcionalidad de que trata la Sentencia C-985 de 2010 aducido por el Procurador Judicial, hace referencia a los términos para impetrar la acción e invocar el divorcio ante el juez competente, es decir a la oportunidad de los cónyuges para solicitar el divorcio, razón por la cual declara la inexequibilidad de los términos de caducidad de las acciones por las causales 1ª y 7ª del artículo 154 CC.

(...)

De lo anterior, queda claro para la Sala que en un principio, las causales de divorcio que existieron, fueron las llamadas subjetivas que dan lugar al divorcio sanción, empero con el transcurrir de los años y la evolución de las legislaciones, han sido aceptadas y adoptadas las causales objetivas de divorcio, como consecuencia de la imposibilidad de Estado a obligar a las personas a permanecer casados y convivir en contra de su dignidad; y como solución a situaciones irremediables que han producido ruptura irreparable de los lazos afectivos en diversas parejas de personas casadas.

Es claro para la Sala, que el primer fundamento que sirve de base para el desplazamiento de las causales de divorcio, es la aplicación del principio de economía procesal, pues al igual que el estudio de las excepciones de fondo, de prosperar alguna, no habría necesidad de estudiar otras que producirían los mismos o menores efectos que la ya declarada; entonces en igual sentido, de prosperar una causal de divorcio, no habría necesidad de entrar al estudio de las demás, si las consecuencias que produciría serían iguales o menores. El problema jurídico se centraría entonces en la razón de que el análisis de las causas de divorcio se realice partiendo de las subjetivas hacia las objetivas, punto jurídico que estudiará la Sala en el presente acápite.

El mencionado desplazamiento de las causales de divorcio tiene sustento en la protección a la familia como institución con rango constitucional establecida en el artículo 42 superior, teniendo como finalidad el amparo de la igualdad y dignidad del cónyuge inocente, al cual no se le hace posible continuar con el matrimonio.

La salvaguarda de la dignidad e igualdad del cónyuge inocente debido al grado de inferioridad en que se halla luego de la conducta reprochable del otro, ha adquirido tal importancia, que la obligación alimentaria como consecuencia del divorcio sanción se ha desplazado de la culpa como cimiento, al perjuicio económico que se le ocasiona con la ruptura del vínculo matrimonial.⁷

En este sentido, por motivo de la aludida protección, se deben estudiar en un primer momento las causales subjetivas de divorcio, pues estas, como ya se ha dicho, implican de una u otra forma el incumplimiento de los deberes que la ley impone a los cónyuges, incumplimiento que trae como consecuencia en la mayoría de los casos, la posición de inferioridad que se pretende evitar y remediar, lo que solo es posible a través del decreto del divorcio sanción, pues este genera obligaciones a cargo del cónyuge culpable para el restablecimiento de la dignidad e igualdad del cónyuge inocente.

(...)

⁷ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-985 de 2010. MP. Jorge Iván Rodríguez Chaljub

Con base en lo anterior y partiendo de la aplicabilidad directa de los principios generales del derecho a casos específicos, no sería compatible con el principio de buena fe, que por el estudio primero de una causal objetiva de divorcio, se eluda la responsabilidad que implica el divorcio sanción como consecuencia de incurrir en una causal subjetiva de divorcio, por el incumplimiento de las obligaciones que se adquieren con el matrimonio.

Por las razones esbozadas, si bien de la sola lectura exegética de las normas reguladoras del divorcio no es posible deducir una jerarquía entre las causas de dicha figura jurídica, con fundamento en una lectura teleológica el principio de la buena fe como pilar interpretativo de las normas jurídicas, si es posible determinar un orden de estudio de dichas causales, partiendo el análisis de las causales subjetivas hacia las objetivas y en caso de desestimarse las primeras, podrá adentrarse entonces a la disertación de las segundas.

2.1. Obligación Alimentaria como Consecuencia del Divorcio Sanción

El derecho de alimentos no se encuentra definido en la legislación colombiana, empero, desde la expedición del Código del Menor se fijó concepto que aún se conserva en el Código de la Infancia y la Adolescencia, en el cual se señala lo que se considera alimentos frente a los niños, niñas y adolescentes, indicando que *“Se entiende por alimentos todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido, asistencia médica, recreación, formación integral, y educación o instrucción del menor. Los alimentos comprenden la obligación de proporcionar a la madre los gastos de embarazo y parto.”*⁸

Ahora bien, en materia jurisprudencial, se ha definido el derecho de alimentos como *“aquel que le asiste a una persona para reclamar de la persona obligada legalmente a darlos, lo necesario para su subsistencia, cuando no está en capacidad de procurárselo por sus propios medios. Así la obligación alimentaria está en cabeza de quien por ley, debe sacrificar parte de su propiedad con el fin de garantizar la supervivencia y desarrollo del acreedor de los alimentos”*⁹

Teniendo claridad entonces de la consistencia del derecho de alimentos, es claro que este presupone la existencia de una norma jurídica y una situación fáctica que implica consecuentemente la obligación de entregar alimentos, empero esta surge de las relaciones de familia y se deriva del principio de solidaridad que constituye uno de sus pilares.

El Código Civil, regula la materia, estableciendo en su artículo 411 las personas a las cuales se les debe alimentos por ley, incluyendo entre ellos a los cónyuges, por conformar estos la unidad familiar. Indica a demás la norma que existirá obligación alimentaria en cabeza del cónyuge culpable y en favor del cónyuge divorciado o separado de cuerpos sin culpa.

En este mismo sentido, el Código de Procedimiento Civil dispone en el literal d del numeral 4° del artículo 444, que en la sentencia que decreta el divorcio, el juez fijará *“el monto de la pensión alimentaria que uno de los cónyuges deba al otro, si fuera el caso.”*

⁸ CÓDIGO DE LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA. Artículo 133

⁹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-919 de 2001. *MP. Jaime Araújo Rentería*

Si bien la obligación alimentaria se basa en el principio de solidaridad que rige la familia y el deber de cohabitación extinguiéndose entonces dicha obligación por el rompimiento del vínculo matrimonial, esta subsiste en la medida que la disolución provenga de culpa imputable a uno de los cónyuges, pues en estos casos se decreta como sanción de la conducta reprochable del cónyuge culpable. *“Sin embargo, para que esta obligación se haga exigible, debe existir pobreza y necesidad en el cónyuge inocente y capacidad económica en el cónyuge culpable, por lo que **el cónyuge inocente debe acudir a los estrados judiciales con el fin de obtener un fallo que reconozca el derecho de reclamar alimentos.**”*¹⁰ (Negrilla y subrayado por fuera del texto original)

De lo anterior, se extrae que la obligación alimentaria se mantiene tras la disolución del vínculo matrimonial ante el cumplimiento de dos requisitos que son (i) *que se acuda ante el juez competente para que este en su fallo reconozca el derecho de alimentos, y (ii) que se pruebe la necesidad del alimentario y la capacidad del alimentante en dicho proceso judicial.*

Ahora bien, de antaño ha sostenido este Tribunal, que a pesar de no cumplirse los mencionados requisitos para el reconocimiento del derecho de alimentos en el proceso que decreta el divorcio sanción con fundamento en una causal subjetiva, puede el cónyuge inocente acudir posteriormente a reclamar alimentos ante el juez de familia, con fundamento en el divorcio sanción, estadio en el que podrá discutirse su necesidad, la capacidad del alimentante.

Existiendo plena certeza y encontrándose plenamente legitimada con sustento en el principio de solidaridad, la obligación de dar alimentos en cabeza del cónyuge que da lugar a una causal subjetiva de divorcio, en favor del cónyuge inocente de ella.

2.2. Caso Concreto

En el caso sub examine, se observa que la inconformidad del apelante radica en la abstención de la falladora de primera instancia de declarar probada la causal octava de divorcio referente a la separación de cuerpos de hecho por más de dos años, sin atacar de forma alguna la declaración de la causal subjetiva acogida por el a-quo para desatar la Litis en su respectiva instancia.

Teniendo en cuenta lo anterior, la Sala se ciñe a los puntos objeto de apelación, sin proceder al estudio de las causales de divorcio invocadas y estudiadas en el trámite de la primera instancia.

De conformidad con lo anterior y estando explicada la legitimidad del desplazamiento de las causales objetivas de divorcio por las subjetivas, considera esta Sala que le asiste plena razón a la juzgadora en este sentido y por ende procederá a confirmar la decisión con relación al punto jurídico estudiado.

Por su parte, en lo referente a los alimentos, se observa que existe incongruencia en el numeral 4° de la decisión respecto de las pretensiones de la demanda de reconvenición, ya que la juez de primera instancia decidió acerca de la obligación alimentaria, incluso sin haberse solicitado en su momento, y que es peor, habiéndose afirmado en la referida demanda que cada cónyuge debe proveer a sus alimentos, ya que ambos están en capacidad de suministrárselos.

¹⁰ ROJAS MALDONADO, Marina. *Alimentos en el Derecho de Familia*. Bogotá: Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. p. 69.

Si bien es cierto que la causal que se logró probar en el presente proceso, es una subjetiva que implica el decreto del divorcio como sanción al cónyuge culpable y con ello conlleva a la condena en alimentos, no es menos cierto que la señora XXXXXXXXX no solicitó en su oportunidad la condena de pagar alimentos, siendo esta la razón por la cual, la falladora que desató la instancia debía abstenerse de hacer tal pronunciamiento, sin perjuicio, tal y como lo ha sostenido este Tribunal, de dejar a salvo el derecho de la demandante en reconvencción de solicitar los alimentos cuando acredite la necesidad de los mismos.”

FUENTE NORMATIVA: Artículo 154 y 162 del Código Civil; Corte Constitucional: Sentencias C-1495 de 2000. MP Álvaro Tafur Galvis, C-985 de 2010 y C-919 de 2001. MP: Jaime Araujo Rentería; Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Barranquilla. Sala Primera de Decisión Civil Familia. Sentencia de Marzo 27 de 2012. Radicado No.: 2010-00374. M.P.: Alfredo de Jesús Castilla Torres; Código De La Infancia y la Adolescencia, Artículo 133

FECHA: Julio 22 de 2013

RADICACIÓN: 08-758-31-89-001-2012-00387-00/**0057-2012**

DECISIÓN: Confirma Parcialmente Sentencia. Revoca Numeral 4°.

2. SALA LABORAL

CESE COLECTIVO DE TRABAJO-Procedencia/Legislación Colombiana/Declaración por parte del máximo órgano sindical/ **HUELGA DE SOLIDARIDAD**- Diferencias con un acompañamiento pasivo de trabajadores/

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: Dr. JOSÉ DE JESÚS LÓPEZ ÁLVAREZ

Causa fáctica: En el presente caso, la parte actora pretende que se declare ilegal la “*Huelga de Solidaridad*” adelantada por los trabajadores de la empresa demandante, pues la organización sindical SINTRAIME no agrupa a más de la mitad de los trabajadores de esa empresa, razón por la cual tal declaratoria ha debido ser votada por la mayoría absoluta de los trabajadores de la empresa, y no se hizo así.

Extractos: “En el caso que en esta oportunidad concita la atención del Cuerpo Colegiado, se precisa por la Sala que mientras la sociedad gestora de la presente Litis manifiesta que se adelantó por parte de los trabajadores de la Empresa afiliados a SINTRAIME, una huelga de solidaridad la cual pretende sea declarada ilegal con la acción que cursa en esta Corporación, y esto a raíz del comunicado remitido por el Presidente de SINTRAIME el día 18 de Marzo de 2012 en el que informa la decisión de los trabajadores de adelantar una Huelga de Solidaridad y Protesta en esa empresa; el Sindicato convocado a juicio argumenta en la contestación a la demanda que los trabajadores de DIMANTEC LTDA afiliados a tal organización sindical no adelantaron ningún cese colectivo de actividades, limitándose simplemente a realizar un acompañamiento pasivo al declarado por esa misma organización sindical en la contratista TRATECCOL LTDA. Debiéndose entonces a juicio de la Sala establecer en primer lugar si en efecto se adelantó o no por parte de los trabajadores de DIMANTEC LTDA afiliados a SINTRAIME una huelga de solidaridad, <evento en el cual es procedente analizar si la misma revistió o no el carácter de legal>, o si por el contrario la misma no fue declarada, supuesto en el cual se tornaría irrelevante examinar las causales de ilegalidad de la huelga.

Análisis Probatorio

A tal fin, se procedió por la Sala a analizar el acervo probatorio recaudado encontrándose dentro de las documentales allegadas por la parte demandante las Actas de Constatación de Cese de Actividades realizada por los Inspectores del Trabajo de Soledad (Atlántico) y del Municipio de Chiriguaná (Cesar), quienes atendiendo a la comisión del Ministerio del Trabajo se trasladaron en el primer caso, a las instalaciones de la empresa CATERPILLAR ubicada en Calle 30 con Cra 19 esquina del Municipio de Soledad, y en el segundo al sitio del Municipio de Chiriguaná, donde se acopian los buses que transportan al personal de DIMANTEC Y TRATECCOL a los proyectos mineros, como también a los proyectos mineros del Descanso de la empresa DRUMMOND LTDA; la Jagua de la empresa CI PRODECO ubicado en el municipio de la Jagua de Ibirico, y Pribbenow de la empresa DRUMMOND LTDA, ubicado en jurisdicción del corregimiento de la Loma de Calenturas del Municipio del Paso. Percatándose ésta Corporación que en algunas de ellas, dentro de las cuales podemos destacar las obrantes a folios 39 a 41< Proyecto Minero del Descanso>; 46 a 48,< Proyecto Minero La Jagua>, 49 a 52 ,<Proyecto Minero Pribbenow>, y 61 a 64, < Proyecto Minero Calenturitas de la Empresa CI Prodeco>, obsérvese la ausencia de las garantía del derecho de defensa y audiencia de las partes al no permitirse la participación de representantes o voceros de la organización sindical, “SINTRAIME”, omisión que riñe con la observancia de la Circular N° 019 de 1991, emanada del Ministerio del Trabajo, y en la cual ese organismo gubernamental señaló:

“El acta que contiene la verificación del cese de actividades reviste singular importancia, no solamente porque en virtud de ella las autoridades administrativas del trabajo, en su función de controlar y vigilar el cumplimiento de las disposiciones sociales, intervienen cuando se presentan traumatismos en una empresa que alteran las normalidad laboral, sino porque constituye un documento público (artículo 251 C.P.C) y plena prueba de los hechos de que el funcionario da fe.

[...]

Por esta razón, en la diligencia de verificación del cese de labores y en desarrollo del principio de audiencia de las partes, deben permitirse la participación de representantes o voceros de empleadores y trabajadores [...]”

De manera que de los argumentos expuestos resulta claro que a tales Actas no podrá otorgárseles valor probatorio alguno por la Sala, al estimarse que en su realización sólo se constató la presencia de los representantes de los empleadores, mas no se brindó la oportunidad a los voceros de la organización sindical “SINTRAIME” para poner de presente las razones que motivaron el cese colectivo que según la convocada a juicio solamente fue adelantado por los trabajadores de TRATECCOL afiliados a SINTRAIME.

De otro lado, y en lo referente a las Actas levantadas en atención a lo dispuesto en la citada Circular, y a las cuales se les concede valor probatorio, las practicadas en Soledad Atlántico y Chiriguaná – Cesar, se observa por este Juez Plural que los voceros de los trabajadores en esas audiencias llevadas a cabo por el Inspector de Trabajo, señores, LUIS ALBERTO JULIO PERTUZ Y ELVIS DE JESUS TORRENGRA MORENO, pertenecientes a las empresas TRATECCOL y DIMANTEC, respectivamente, hacen uso del término “**protesta de solidaridad**”,<Folios 37-38>, y en el Acta Suscrita el día 20 de Marzo de 2013, en la Garita de la Mina Pribbenow, el señor YURI CELIN GONZALEZ Vicepresidente de SINTRAIME Seccional Chiriguaná, sostuvo que: “*debido a la manifestación que se ha presentado y que todos los trabajadores afiliados a Sintraime, representado en las empresas Dimantec Ltda, Trateccol ltda, subsidiarias de Gecolsa, tomamos la determinación en las asambleas efectuadas tanto en la loma como en Chiriguaná en votar por una huelga de*

solidaridad imputable al patrono, ya que han venido violando una convención colectiva de trabajo que se firmó el 10 de febrero de 2012 [...]”

Tal afirmación de “Votar la huelga de solidaridad”, en principio es concordante con la decisión tomada por la Asamblea General Extraordinaria de Trabajadores Afiliados a SINTRAIME, y que consta en las documentales que militan a folios 417 a 420 del plenario aportadas por la parte demandada, y sobre las cuales se ejerció el derecho de contradicción por la parte demandante y en la que se lee: “ *El compañero MARCOS SANTODOMINGO pide la palabra y señala que para que la huelga sea legal debe tenerse en cuenta que los 111 votos fueron de los afiliados al sindicato y que el sindicato es minoritario en DIMANTEC por lo que han debido participar los sindicalizados y los no sindicalizados y por ello, **la votación anterior debería considerarse como un apoyo simbólico y solidario a los compañeros de TRATECCOL, pero no realizarse la huelga en DIMANTEC**, pide que una vez conocida la votación se adicione la proposición señalando que los trabajadores de DIMANTEC no participarán activamente en ella, pues ello violaría el artículo 444 del Código Laboral, pero se respetará la huelga en TRATECCOL, sin hacer Esquirolaje*”; y en virtud de lo anterior se profirió la Resolución N° 001 del 16 de Marzo de 2013, en la que se dispuso, siendo relevantes para el caso los literales [...] a) “ *Votar la huelga como en efecto se hizo, de solidaridad y protestas por haberse agotado los diálogos con esta entidad empleadora sin que estas hubiesen resuelto las reclamaciones obreras, incluso con la participación del Ministerio de Trabajo [...] d) Dejar constancia que aunque la asamblea decide votar a favor de la huelga, de solidaridad y protesta, debido al incumplimiento de la empresa en sus obligaciones, debemos tener en cuenta que el número de afiliados a Sintraime en Dimantec no alcanza la mitad más uno del número total de trabajadores, como lo establecen los artículos 444 del Código Laboral y 61 de la Ley 50 de 1990, y por tanto nuestra organización decide que esta votación es de un apoyo simbólico y mantendremos una actitud pasiva, sin promover ningún cese colectivo en las actividades de Dimantec [...]*”

Lo anterior, que genera confusión conceptual en la adecuación de la tipicidad del cese colectivo censurado de ilegalidad pues se utiliza por los directivos sindicales la terminología jurídica en forma contraria al sentido real de los conceptos, lo que indica al hacerse por la Sala un análisis e interpretación sociológica de los hechos, que hay un escaso dominio conceptual relativo al significado de los términos o nociones jurídicas empleadas por ellos en sus aserciones, tal como se denota en sus intervenciones en las actuaciones administrativas que les tocaron adelantar ante las visitas de los Inspectores de Trabajo y de lo narrado por los testigos del proceso, señores JOSE MANUEL GUEVARA ARGUELLO y ELVIS DE JESUS TORENEGRA MORENA, directivos sindicales, quienes confunden el acompañamiento pasivo, acordado por la Asamblea General de los Trabajadores, para el caso de DIMANTEC, con una Huelga de Solidaridad y Protesta, como también lo hace el Presidente de la Junta Directiva de SINTRAIME NACIONAL, quien en su comunicación fechada 18 de Marzo de 2013, y dirigida al Representante Legal de DIMANTEC LTDA, quien le puso en conocimiento de una situación de conflicto que no fue la realmente acordada por la colectividad sindical, precisamente por confundir los términos atrás referidos, esto es, el acompañamiento pasivo convenido en relación con los trabajadores de esa empresa, y la huelga de solidaridad informada al representante del empleador. Aunado al hecho, que como SINTRAIME se trata de un Sindicato de Industria y que agrupa trabajadores de ambas empresas que se reunieron en Asamblea General Extraordinaria para determinar las decisiones a tomar con respecto al conflicto, TRATECCOL Y DIMANTEC, lo cual permitió la confusión conceptual, ya que es sabido que en donde se declaró la huelga por SINTRAIME fue en la empresa TRATECCOL, y por ende las

comunicaciones deben entenderse es con relación a esa empresa en la declaratoria y desarrollo en el cese colectivo de labores.

Ahora bien, hay que recordar que no es lo mismo la votación de la huelga y de suyo su declaratoria y desarrollo, y tan es así que cada una se ciñe y se regula en forma individual y específica en la legislación laboral, llegándose al caso que lo que se considera ilegal por parte del artículo 65 de la Ley 50 de 1990, que subroga al artículo 450 del Código Sustantivo del Trabajo, calificando como ilegal la suspensión colectiva de trabajo en su literal d) es precisamente “cuando no haya sido **declarada** por la asamblea general de los trabajadores en los términos previstos en la presente ley”, y a su vez el literal e) que también la ilegaliza, “cuando se efectuare antes de los dos (2) o después de diez (10) días hábiles a la declaratoria de huelga”, por lo cual si bien en la Asamblea General se hizo una votación, que ciertamente no consultaba el quorum para determinar el cese, lo esencial es que no hubo declaratoria de huelga y mucho menos su desarrollo o ejecución.

Resulta relevante para el caso señalar que la declaratoria de la huelga es decisión colectiva pues así emerge de la potestad exclusiva que tiene atribuida la Asamblea General de los sindicatos conforme a lo dispuesto en el artículo 376 del Código Sustantivo del Trabajo modificado por el artículo 16 de la Ley 11 de 1984, y en tal sentido según también lo interpreta nuestra Corte Constitucional, el titular del derecho de huelga es la colectividad sindical y no el individuo, señalando en la sentencia C- 271 de 1999: “*La configuración del sistema constitucional laboral en lo que se refiere a los asuntos colectivos, garantiza una realidad jurídica no naturalística. Es decir, las decisiones que tomen una asociación sindical en cuanto a la declaración de huelga no pueden ser consideradas como la suma de opiniones de personas físicas que actúan en forma individual, sino a su titular, es decir, la colectividad sindical. Dentro de la misma línea de pensamiento, igualmente hay que considerar como decisión colectiva y no individual la que pueden adoptar en ciertos casos, en el mismo sentido, los trabajadores no sindicalizados*”

En igual sentido lo interpreta nuestra Honorable Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. Rad. 40.428 del 3 de Junio de 2009. M.P Luis Javier Osorio López en el proceso especial de Declaratoria de Ilegalidad de Cese de Actividades adelantado por FENOCO contra SINTRAIME, al referirse a la preeminencia que tiene lo decidido en la Asamblea General del Sindicato que decide un conflicto colectivo, sobre otras consideraciones legales, manifestando : “ *[...] sobre el particular , se destaca que la huelga por solidaridad no fue contemplada en la asamblea general del Sindicato que declaró el cese de actividades permanente y por ello la Sala queda relevada de un pronunciamiento sobre la misma [...]*”

Por lo cual, para la Sala, no hubo en el caso de DIMANTEC una declaratoria de huelga o del Cese de Actividades por parte de los trabajadores afiliados a SINTRAIME, muy a pesar de haber sido votada una proposición en tal sentido, pues al percatarse la organización o el ente colectivo que no agrupaban a la mayoría de los trabajadores de la empresa, es decir, al ostentar la condición de sindicato minoritario, se abstuvieron de decretarla y menos ejecutarla, quedando la actuación reducida a un simple comportamiento pasivo pero sin atentar contra la actividad empresarial de DIMANTEC LTDA como tampoco contra la decisión de los trabajadores de TRATECCOL, que si habían declarado la huelga por incumplimiento de las obligaciones laborales por parte de su empleador; comportamiento que no puede ser considerado como ilícito o ilegal, pues además de estar protegido por la Ley, <Decreto 2164 de 1958>, se considera por la jurisprudencia laboral, como un

obstáculo para que el empleador, aún en el caso de que el cese sea declarado ilegal, tome medidas en su contra, haciéndose necesario individualizar cada situación; considerándose como participación no activa, la de aquel empleado que toma parte en la suspensión de labores en forma pasiva y simplemente como consecuencia de su obligación de acatar la decisión mayoritaria que ha optado por la huelga, tal como lo adoctrina la Honorable Corte Suprema de Justicia en la sentencia bajo el Rad. 19.391 del 12 de Febrero de 2003. MP Isaura Vargas Díaz.

Y por eso, si surge discrepancia entre lo decidido en la Asamblea General con lo manifestado por los directivos sindicales al Gerente de la empresa DIMANTEC LTDA y a los Inspectores de Trabajo en las diligencias administrativas realizadas, se tiene que optar, por lo analizado anteriormente, que lo que prima es la manifestación del ente colectivo que en su voluntad decidió **no declarar** la huelga, por encima de las expresiones confusas o hasta equivocadas tomadas por ciertos directivos sindicales, ya que éstas son hechas por individuos que si bien representan los intereses del Sindicato, no pueden de ninguna manera contrariar el sentir del órgano supremo del ente sindical.

Finalmente, hay que ratificar que por parte de los trabajadores de DIMANTEC no hubo ejecución o desarrollo de ningún cese colectivo de actividades pues, constatado los registros filmicos allegados al informativo no se deduce tal situación, máxime si se tiene en cuenta que en los mismos no es posible distinguir cuales trabajadores pertenecen a DIMANTEC y cuales a TRATECCOL, dado que quienes aparecen en tales registros se encuentran uniformados de igual manera con chalecos de color amarillo, que en su parte posterior solamente registran la palabra CONTRATISTA, resultando imposible para la Sala determinar si a pesar de no haberse declarado la huelga por los trabajadores de DIMANTEC vinculados a SINTRAIME, algunos de los dirigentes sindicales la promovieron, aunado al hecho de que en libelo incoatorio tampoco fueron individualizados aquellos que según la gestora del juicio participaron en el cese y llevaron a cabo bloqueos de vías de acceso a los proyectos mineros, realizando agresiones y amenazas contra la integridad física y mental de los empleados de la compañía; igualmente según la testimonial vertida en el plenario en los proyectos mineros a que concurrían los trabajadores lo hacían indistintamente servidores de las empresas DIMANTEC, TRATECCOL, y GECOLSA, desplazándose en los mismos vehículos por lo cual al haber decretado TRATECCOL el cese colectivo de labores afectaba indudablemente las actividades laborales de DIMANTEC y las demás contratistas. Llegándose hasta la imposibilidad de poder acceder a los sitios de trabajo por parte de los trabajadores de DIMANTEC LTDA, por cuanto el sistema electrónico que permite el ingreso se encontraba bloqueado por disposición patronal, tal como lo referenciaron los testigos del proceso. Y entre tanto, sin desconocer la validez que anteriormente se le dio por la Sala a las Actas de Constatación del Cese levantadas por los Inspectores de Trabajo en Soledad (Atlántico) y Chiriguaná (Cesar), en la que determinaron que hubo un cese de actividades para los días 14 y 15 de Marzo del 2013 por parte de SINTRAIME, y aún el Amparo Policivo concedido a la empresa GECOLSA S.A por parte del Inspector Segundo de Policía Municipal de Soledad, por perturbación al orden público y a la propiedad privada ante las actuaciones del Sindicato SINTRAIME, tenemos que llegar a la misma conclusión que precedentemente se hizo en cuanto a que siendo una realidad del proceso que las empresas DIMANTEC Y TRATECCOL no tienen instalaciones propias sino que desarrollan sus labores para la empresa contratista GECOLSA S.A, y a su vez remitidos por ésta a ejecutar los proyectos mineros de las empresas contratantes DRUMMOND LTDA y CI PRODECO, entre otras, impide bajo esa ambigüedad poder establecer de manera concreta quienes en realidad afectaron o perturbaron el desarrollo

normal de las labores en la empresa GECOLSA S.A; y más cuando en los propios actos a que se están haciendo referencia no se especifican de forma determinada quienes hacían el cese colectivo de labores y la presunta perturbación del orden público, con la obstrucción de personas y vehículos a la compañía GECOLSA S.A; reiterándose, que el cese promovido por los trabajadores de TRATECCOL afiliados a SINTRAIME tenía indudablemente que afectar las labores en DIMANTEC, al tratarse de trabajadores que concurrían al mismo sitio de trabajo y que a su vez estaban afiliados muchos de ellos al mismo Sindicato de Industria como lo es SINTRAIME.”

NOTA DE RELATORÍA: Con salvamento de voto de la H. Magistrada María Olga Henao Delgado.

FUENTE NORMATIVA: artículo 65 de la Ley 50 de 1990, que subroga al artículo 450 del Código Sustantivo del Trabajo literal d), artículo 376 del Código Sustantivo del Trabajo modificado por el artículo 16 de la Ley 11 de 1984. Corte Constitucional, Sentencia C- 271 de 1999, Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, Rad. 40.428 del 3 de Junio de 2009. M.P Luis Javier Osorio López.

FECHA: Agosto 30 de 2013

DEMANDANTE: Sociedad DIMANTEC LTDA

DEMANDADO: Sindicato Nacional de Trabajadores de la Industria Metalmeccánica, Metálica, Siderúrgica, Electrometálica, Ferroviaria, Comercializadoras, Transportadoras Afines y Similares del Sector “SINTRAIME”

RADICACIÓN: 08001-31-05-003-2013-49232-000/**49.232 V**

DECISIÓN: Declara legal el acompañamiento pasivo de los trabajadores de Dimantec Ltda. Costas a la parte vencida.

PROCESO ESPECIAL DE FUERO SINDICAL-Su ejercicio es improcedente respecto de la legalidad o no de la constitución de organizaciones sindicales/ El juez no puede discutir la existencia de una agremiación sindical ya que de hacerlo irrumpe en el ámbito que pertenece a otras acciones judiciales contenciosas/ **ACCIÓN DE REINTEGRO POR FUERO SINDICAL** -el objeto es determinar si el trabajador despedido, desmejorado o trasladado se encontraba aforado, y si su empleador estaba obligado a solicitar la autorización judicial para hacerlo

MAGISTRADA SUSTANCIADORA: DRA. CLAUDIA MARÍA FANDIÑO DE MUÑOZ

Causa fáctica: En el presente caso, el recurrente a través de la acción de reintegro por fuero sindical pretende discutir la constitución y validez del nacimiento jurídico de la organización sindical a la cual pertenecen los aforados.

Extractos: “..., al momento de la creación de una asociación sindical, la exigencia establecida en el artículo 361 del C.S.T. de suscribir “un acta de fundación” es solo una simple formalidad cuya finalidad es garantizar el funcionamiento del sindicato y no un requisito de control para su creación, tal como lo ha predicado la Corte Constitucional en la sentencia C-621 de 2.008, al afirmar que “La exigencia del acta de fundación no representa una autorización previa ni constituye un obstáculo para la creación de una organización sindical, sino que persigue establecer una simple formalidad encaminada a asegurar el normal funcionamiento del sindicato... “Lejos de ser una intromisión en la autonomía de esas organizaciones, el acta de constitución permite determinar los elementos básicos de la organización y delimita las actividades a desarrollar, exigencia que no aparece como

irrazonable ni desproporcionada, ya que no está llamada a condicionar del ejercicio de los derechos de asociación y libertad sindical, pues se repite, simplemente es una formalidad que ha sido establecida por el legislador con la finalidad de encauzar esa garantía constitucional para hacerla efectiva y cuyo incumplimiento podría acarrear, que el acto de fundación carezca de soporte probatorio, dando lugar a que la organización no pueda inscribirse en el registro sindical para efectos de publicidad y oponibilidad de sus actos”.

De igual manera, tampoco es dable desatender que conforme al artículo 364 del C.S.T. subrogado por el artículo 44 de la Ley 50 de 1.990, las organizaciones sindicales “*por el solo de su fundación, y a partir de la fecha de la asamblea que las constituyan, gozan de personería jurídica*”, lo cual implica que su existencia no está supeditada a su inscripción en el Ministerio del Trabajo, tal como también lo ha dicho reiteradamente la Corte Constitucional en sentencias como la T-1317 de 2.005.

Ahora bien, de la lectura de los artículos 408 del C.S.T. y 118 del C.P.T.S.S., modificado por el artículo 48 de la Ley 712 de 2.001, se desprende que el objeto de la acción de reintegro por fuero sindical es determinar si el trabajador despedido, desmejorado o trasladado se encontraba aforado, y si su empleador estaba obligado a solicitar la autorización judicial para hacerlo. Por lo tanto, el Juez al momento de resolver el litigio debe ceñirse a la finalidad que establece la ley para este tipo acción, y no entrar a dirimir la causa o justeza del despido, e incluso discutir la existencia de una agremiación sindical que se halla fundada e inscrita en el Ministerio de Trabajo ya que de hacerlo no sólo irrumpe en el ámbito que pertenece a otras acciones judiciales contenciosas como las de **i)** nulidad contra el acto administrativo del Ministerio del Trabajo que inscribió en el registro la asociación sindical, y **ii)** la suspensión, disolución, liquidación y cancelación del registro sindical, sino que también desconoce el debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política porque nadie puede ser juzgado sin la observancia de las formas propias de cada juicio.

Descendiendo al caso sub-examine y como quiera que nos encontramos en presencia de una acción de reintegro por fuero sindical fundamentada en que el actor como servidor público del Municipio de Ponedera y miembro de la junta directiva del sindicato “SINTRAEMUPO” fue despedido sin la autorización del juez laboral, resulta evidente que este no es el escenario para la discusión y el análisis que plantea la parte demandada en torno a la existencia o validez de la referida organización sindical por haberse constituido supuestamente con menos de 25 miembros y con intereses particulares, siendo que ostenta plena personería jurídica al encontrarse fundada desde el 10 de diciembre de 2.011 e inscrita el día 14 de diciembre del mismo año por parte del Inspector de Trabajo del Municipio de Sabanalarga toda vez que tal debate y estudio es propio del proceso sumario de suspensión, disolución, liquidación y cancelación del registro sindical, y por ende, no es dable para el Juzgador como erradamente lo hizo el A-quo, entrar a pronunciarse con relación a la existencia de “SINTRAEMUPO” dentro de este juicio que tiene por objeto determinar si era necesario solicitar el permiso al juez del trabajo para despedir al demandante presuntamente amparado por fuero sindical, máxime cuando de conformidad con la Ley las asociaciones sindicales adquieren personería jurídica desde el momento de su fundación independientemente que el empleador las reconozca, el acta de constitución es solo una formalidad que tiene la finalidad de asegurar el funcionamiento del sindicato, y de conformidad con el artículo 118 del C.P.T.S.S. en la acción de reintegro se presume el fuero sindical con la certificación en el registro de la agremiación sindical o con la comunicación al empleador de la elección de los directivos sindicales, entre los que se halla

el demandante como secretario de la junta directiva, documentos que se encuentran incorporados en el plenario¹¹.

Luego, si el Municipio de Ponedera consideraba que el mencionado sindicato se constituyó con un número inferior al exigido por la Ley, debió acudir a la vía judicial adecuada, como lo es, impugnar el acto administrativo que ordenó la inscripción de “SINTRAEMUPO” en el registro sindical, o instaurar la demanda ante el juez laboral para obtener la disolución y cancelación en el registro sindical de la aludida asociación, y no como lo hace a través de este proceso, puesto que de hacerlo ésta Sala, quebrantaría el debido proceso constitucional al proferir una decisión definitiva sin las formas propias del presente juicio de acción de reintegro por fuero sindical.

Sobre éste preciso tópico y en un caso similar al que ocupa la atención de la Sala, la Corte Constitucional en sentencia T-220 del 20 de marzo de 2.012¹², acotó:

“(…)

*Con relación al defecto procedimental alegado por violación del debido proceso y el defecto material por la aplicación indebida del artículo 118 del Código Procesal del Trabajo que, según el accionante, se produce debido a que el Tribunal no consideró apropiado cuestionar la existencia o inexistencia del sindicato en el proceso de reintegro por fuero sindical, no encuentra la Sala que en realidad se verifique ninguno de los vicios aducidos por el Municipio, **ya que el objeto de la acción de reintegro se limita a establecer si debía o no solicitarse el levantamiento del fuero antes de despedir a los empleados, y no cuestiona la existencia o inexistencia del sindicato.** Es importante tener en cuenta que la libertad de asociación¹³ es un derecho que faculta a los trabajadores para que estructuren organizaciones de diferente orden con el objeto de asumir su defensa frente a los conflictos obrero patronales, para lo cual la misma Constitución establece un conjunto de garantías, tales como el reconocimiento jurídico por la sola inscripción del acta de constitución, reserva judicial para los casos de cancelación o suspensión, fuero sindical y el sometimiento de su estructura interna y funcionamiento al orden legal y al principio democrático¹⁴. **En aras del respeto de dicha libertad de rango constitucional, el empleador no puede desconocer el fuero de las directivas de los sindicatos alegando que desconoce la existencia de dicha organización. En otras palabras, la existencia de las asociaciones sindicales no depende de que el empleador las reconozca, dado que de ser así, no tendría sentido la protección de la libertad de asociación y autonomía sindical que protege la Constitución**¹⁵. **Menos sentido tiene que el empleador alegue en la acción de reintegro que no solicitó el levantamiento del fuero de sus empleados antes de despedirlos, porque no reconocía la existencia del sindicato** del cual el Municipio tenía conocimiento desde 2008, tal y como consta en los expedientes. Por lo anterior, el Tribunal aplicó adecuadamente el artículo 364 del Código Sustantivo del Trabajo y lo establecido en el*

¹¹ Ver folios 13 a 22.

¹² M.P. Mauricio González Cuervo.

¹³ T-740 de 2009. En la sentencia T-203 de 2004 se reiteró que: “La libertad sindical goza, de igual manera, de unas garantías constitucionales como son, entre otras, que el reconocimiento jurídico del sindicato se producirá con la simple inscripción del acta de constitución; que la cancelación o la suspensión de la personería jurídica sólo procede por vía judicial y que los representantes del sindicato gozarán de fuero y “las demás garantías necesarias para el cumplimiento de su gestión”.

¹⁴ El derecho de libre asociación sindical también tiene consagración en instrumentos internacionales como la Declaración Universal de los Derechos Humanos (Art.23), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Art.8), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Art.22), entre otros.

¹⁵ Al definir el alcance del artículo 39 de la Constitución Política, la sentencia T-1108 de 2005 señaló: “En el artículo 39 de la Constitución Nacional se garantiza el derecho a los trabajadores y empleadores para conformar sindicatos o asociaciones sin que el Estado intervenga en ello. El reconocimiento jurídico de los sindicatos y asociaciones constituidas libremente por trabajadores y empleadores, se obtendrá mediante la simple inscripción del acta de constitución. Tanto en lo que hace a su estructura interna, como en lo que se relaciona con su funcionamiento, los sindicatos y asociaciones deberán ajustarse a lo dispuesto por la Ley de conformidad con principios democráticos. Únicamente procederá la cancelación o la suspensión de la personería jurídica otorgada a sindicatos y asociaciones, cuando esta opera por la vía judicial”.

artículo 118 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, siguiendo el procedimiento señalado en los artículos 113 y siguientes, y teniendo en cuenta lo dispuesto en el inciso 2° del mismo en el sentido de que “la certificación de inscripción en el registro sindical o la comunicación al empleador de la elección, se presume la existencia del fuero del demandante”.

(...)

Es evidente que, en un proceso de reintegro, el juez laboral debe en primer lugar verificar si los empleados tenían fuero para establecer si era necesario solicitar el permiso para el despido, y esto fue precisamente lo que analizó la sentencia del Tribunal. Pero eso no significa que en los casos que se analizan, el Tribunal pudiera cuestionar la existencia o inexistencia del sindicato porque como se indicó anteriormente, SINTRAEMPAL estaba debidamente registrado y su personería jurídica se encontraba vigente ya que no había sido solicitada su suspensión o cancelación mediante sentencia judicial. Por consiguiente el Tribunal actuó de acuerdo con las normas legales y la jurisprudencia.

(...)

En lo que tiene que ver con el alegado defecto material por la aplicación indebida del artículo 356 del Código Sustantivo del Trabajo y al defecto fáctico por omisión en la valoración de las pruebas, porque el Tribunal consideró que la inscripción de SINTRAEMPAL es prueba de su existencia y del cumplimiento de los requisitos legales, caben las mismas observaciones hechas en el punto anterior. El Tribunal aplicó adecuadamente las normas legales y en especial el artículo 364 del Código Sustantivo del Trabajo que dispone que toda organización sindical de trabajadores por el solo hecho de su fundación, y a partir de la fecha de la asamblea constitutiva, goza de personería jurídica, citando incluso los Convenios internacionales de la OIT. Debido a que, como se mencionó anteriormente, **la existencia de un sindicato no depende del reconocimiento del empleador, y como el proceso de reintegro se limita a establecer si el empleado despedido gozaba o no de fuero sindical verificando el cumplimiento de la ritualidad del permiso, el argumento del accionante no tiene ningún sustento. El Municipio pudo haber alegado todas estas excepciones en el marco de un proceso judicial diferente en el que el demandante fuera la entidad territorial, y el demandado el Sindicato.**

(...)

6.7. En relación con la excepción de inexistencia del fuero derivado de la nulidad e inexistencia de la elección de la junta directiva y comisión de reclamos, se alegan diferentes vicios por el hecho de que el Tribunal supuestamente no revisó de manera adecuada las actas de elección de la junta y la comisión, configurándose un defecto sustantivo por desconocer el artículo 391 del Código Sustantivo del Trabajo, un defecto sustantivo por el desconocimiento de la sentencia C-466 de 2008 y un defecto fáctico por no valoración de las pruebas representadas por los estatutos de SINTRAEMPAL. También en este caso, se considera que, si el Municipio creía que debían declararse nula la elección de la junta y la comisión de reclamos, debió haberlo demandado en una acción judicial diferente a la acción de reintegro. Se recuerda nuevamente que SINTRAEMPAL existe como organización y prueba de ello es el registro sindical que consta en la resolución No. 0046 AFP del 26 de marzo de 2008. El sindicato, así como la junta y la comisión de reclamos, permanece vigente porque no hay sentencia judicial que haya declarado su inexistencia o haya suspendido o cancelado el registro sindical. Por lo anterior, no resultaba apropiado ni conveniente, como justamente lo anotó el Tribunal, pronunciarse sobre la nulidad de la junta y de la comisión de reclamos en el marco del proceso de reintegro que debe limitarse a analizar la calidad de aforado del empleado despedido.

6.8. Habiendo analizado y desvirtuado los defectos alegados, **la Sala considera entonces que independientemente de las razones invocadas por el accionante para considerar la existencia o inexistencia del sindicato, la junta directiva y la**

comisión de reclamos, no es en el marco de un proceso de reintegro por fuero sindical, ni mucho menos a través de una acción de tutela, que deben plantearse este tipo de cuestionamientos. En aras del respeto al debido proceso y atendiendo a las disposiciones que regulan el procedimiento laboral, es claro que existen diferentes tipos de acciones y procesos de los cuales conoce la jurisdicción ordinaria. Acorde con lo anterior, el Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social distingue entre las acciones de levantamiento del fuero sindical, las acciones especiales de reintegro por fuero sindical, y los procesos de suspensión, disolución, liquidación y cancelación del registro sindical. Cada una de estas acciones tiene una razón de ser, y se plantea en diferentes momentos y contextos. No puede entonces pretender el accionante que en el marco de un proceso de reintegro se analice la existencia del sindicato, porque para eso existe un procedimiento diferente, que es el de cancelación del registro sindical. No hay que olvidar además que en el proceso de reintegro el demandante es el empleado aforado, y en los procesos que cuestionan la existencia del sindicato, es éste último el demandado.

No es de recibo el argumento según el cual la acción pertinente no sería la de suspensión o cancelación del registro sindical porque el empleador sencillamente no reconoce al sindicato por lo que no podría solicitar la cancelación de algo que según él no existe, ya que en aras del respeto a la libertad de asociación, garantía de orden constitucional ampliamente reconocida por la jurisprudencia, el sindicato se crea y adquiere personería jurídica independientemente de que el empleador lo reconozca. El Tribunal no se pronunció sobre este aspecto sino que acatando las normas pertinentes, se limitó a verificar si era necesario solicitar el permiso judicial, no sin antes dejar clara la razón por la cual no se pronunciaría sobre la existencia del sindicato. En efecto, el artículo 39 de la Constitución dispone que el reconocimiento jurídico de los sindicatos se produce con la simple inscripción del acta de constitución. Asimismo el Código Sustantivo del Trabajo determina en su artículo 364 que “toda organización sindical de trabajadores, por el solo hecho de su fundación, y a partir de la fecha de la asamblea constitutiva, goza de personería jurídica”. De otro lado, el Código Procesal del Trabajo, establece en sus artículos 113 y 118, que con la sola certificación en el registro sindical o la comunicación al empleador de la elección, se presume la existencia del fuero sindical. (...)

Así las cosas, no es del resorte de este proceso debatir los argumentos expuestos por el recurrente que se fundamentan precisamente en la inexistencia de “SINTRAEMUPO”, el cual está debidamente registrado con personería jurídica vigente, y no en el fuero sindical que pregona el actor como miembro de la junta directiva, asunto que sí puede ser discutido en la presente acción de reintegro en la cual la demandada no desvirtuó la presunción del fuero sindical que cobijaba al demandante ni demostró que no estaba obligado a requerir el permiso judicial para despedirlo, siendo que ni siquiera se preocupó por efectuar algún reparo a la calidad de aforado que encontró probada el A-quo para ordenar el reintegro deprecado.”

FUENTE NORMATIVA: Artículos 361, 364 y 408 del C.S.T, Corte Constitucional: sentencias C-621 de 2.008, T-1317 de 2.005 y T-220 del 20 de marzo de 2.012, Artículo 118 del C.P.T.S.S., modificado por el artículo 48 de la Ley 712 de 2.001

FECHA: Julio 31 de 2013

DEMANDANTE: Jorge Figueroa Polo

DEMANDADO: Municipio de Ponedera

RADICACIÓN: 08-758-31-03-002-2012-00132-01/ **49572-F**

DECISIÓN: Confirma sentencia apelada.

ACCIÓN DE REINTEGRO-Justas causas para dar por terminado el contrato de trabajo de aforados/**HECHOS DELICTIVOS E INMORALES**-Deben estar plenamente demostrados los actos ilícitos cometidos por aforados/Posición jurisprudencial: la responsabilidad del trabajador debe ser subjetiva para que pueda configurarse la justa causa de despido

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: Dr. VICENTE DE SANTIS CABALLERO

Causa Fáctica: En el presente caso, se discute en el proceso si existe justa causa para levantar el fuero sindical de los demandados, por la presunta comisión de hechos punibles dentro de la organización sindical.

Extractos: “No cabe duda de la existencia del SINDICATO NACIONAL DE TRABAJADORES DE LA INDUSTRIA DE LA CARNE Y LA LECHE “SINTRACARNE”- SUBDIRECTIVA SECCIONAL BARRANQUILLA, así como de la inscripción en el Registro Sindical de la nueva Junta Directiva, en la que se constatan a los accionados como miembros de la misma, así: FREDDY PAEZ ROMERO – Presidente-, RAFAEL SANCHEZ SALGADO –Fiscal-, AGUSTIN CARVAJAL THERAN – Tesorero- y ROSALBA TEJEDA PAEZ – Secretario General-(Fls. 81-82).

La jurisprudencia constitucional¹⁶ ha considerado que *“el objeto de la solicitud judicial previa al despido es la verificación de la ocurrencia real de la causa alegada y la valoración de su legalidad e ilegalidad”*.

El artículo 410 del C.S.T. establece taxativamente las justas causas para que el Juez autorice el despido de un trabajador amparado por fuero sindical:

“Son justas causas para que el juez autorice el despido de un trabajador amparado por el fuero:

- a) La liquidación o clausura definitiva de la empresa o establecimiento y la suspensión total o parcial de actividades por parte del patrono durante más de ciento veinte (120) días, y
- b) Las causales enumeradas en los artículos 62 y 63 del Código Sustantivo del Trabajo para dar por terminado el contrato”.

En el sub lite, el recurrente solicita el levantamiento del fuero que cobija al demandado fundamentándose en la configuración de las causales de terminación del contrato de trabajo señaladas en los numerales 1¹⁷, 5¹⁸ y 6¹⁹ del art. 7° del Decreto 2351 de 1965, en armonía con el numeral 4²⁰ del art. 58 del CST y normas del Reglamento Interno de Trabajo.

Advierte la parte demandante en su recurso que en la asamblea llevada a cabo por la Organización Sindical se presentaron hechos delictivos e inmorales por parte de los accionados al presentar cédulas que no existían, otros afiliados tenían el carácter de

¹⁶ Sentencia T-675/09

¹⁷ “El haber sufrido engaño por parte del trabajador, mediante la presentación de certificados falsos para su admisión o tendientes a obtener un provecho indebido”.

¹⁸ “Todo acto inhumano o delictivo que el trabajador cometa en el taller, establecimiento o lugar de trabajo o en el desempeño de sus labores”

¹⁹ “Cualquier violación grave de las obligaciones o prohibiciones especiales que incumben al trabajador de acuerdo con los artículos 58 y 60 del Código Sustantivo del Trabajo, o cualquier falta grave calificada como tal en pactos o convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos”

²⁰ “Guardar rigurosamente la moral en las relaciones con sus superiores y compañeros”

beneficiarios del régimen de seguridad social subsidiado, otros afiliados no cumplían los estatutos de Sintracarne al no laborar en entidades del sector de la carne o de la leche.

Para el efecto, se arrimaron las constancias electrónicas del Fondo de Solidaridad y Garantía en Salud- Fosyga²¹, en las que se señala que la cédula No. 8.435.589, la cual conforme al listado de asistentes a la asamblea del 20 de abril de 2008 celebrada para la nueva elección de la junta directiva de SINTRACARNE²² pertenece a VICTOR VILLAFañE LEON, realmente corresponde a NORMAN JOSUE DAVID OSORIO. Así mismo, la No. 8.720.522 que según la lista de asistentes a aquella es de HENRY MANOTAS DEL VALLE, se tiene que realmente es de WILSON RAFAEL NARVAEZ PEREZ; la No. 8.720.544 de DOMINGUEZ ALCIDES –según aquel listado–, se encuentra que conforme a lo que certifica el FOSYGA corresponde a JUAN CARLOS ARAUJO MENDOZA; la No. 92.255.277 que es supuestamente de ROGER MARTINEZ SALA, le asiste es a GUSTAVO AGATON TABOADA VILLALBA; la No. 8.733.414 sí corresponde a EZEQUIEL OLIVARES VARGAS, pero conforme al FOSYGA el referido señor está desafiliado y es beneficiario del régimen de salud contributivo; la No. 72.132.227 es de acuerdo al listado de CARLOS MANUEL BOLIVAR RUÍZ, pero en la base de datos del Ministerio aparece que es de CARLOS MANUEL BOLIVAR CHAVES, quien está activo y es beneficiario; la No. 8.714.014 de RICARDO YUNQUE ALVAREZ, no se encuentra asignada a ninguna persona; la No. 8.781.156 sí es de CIRO DONADO, pero está activo y es beneficiario; la No. 8.836.457 de DAGOBERTO GARCÍA RENDON no se encuentra asignada a ninguna persona en la base de datos; la No. 5.107.423 sí es de REINALDO MOLINA, más está activo como cabeza de familia en el régimen subsidiado y la No. 76.757.650 de VICENTE MARQUEZ, no está asignada a nadie.

Concordante con esto, se encuentra la copia de los recursos de reposición y apelación que la hoy demandante interpusiera en contra de la Resolución No. 00464 del 29 de abril de 2008, que inscribió a la referida junta, e igualmente, las copias de las certificaciones expedidas por la Registraduría Nacional del Estado Civil y las consecuentes contestaciones a los derechos de petición instaurados, concernientes a la comprobación de identidades de quienes fungieron como asistentes a la asamblea de elección²³, las cuales fueran allegadas como prueba dentro de la respectiva investigación administrativa.

También reposan actas de descargos de algunos miembros del sindicato²⁴ y a su vez, se encuentran en el grueso material probatorio los interrogatorios de parte a los demandados²⁵.

Tal como lo arguye la parte impugnante, constituye objeto de debate sí los referidos hechos inciden en el contrato de trabajo, y por lo tanto existe o no la justa causa para darlos por terminado, o por el contrario, se entiende que hacen parte de la esfera de la actividad sindical de los demandados, por lo cual deberían ser analizados en otro campo y por la autoridad del caso, como lo esbozara el juez aquo.

Debemos tener claro que el aforamiento sindical no instituye una garantía absoluta de la estabilidad del trabajador en la empresa, por lo cual no es factible entender que por esa sola razón le sea permisible ejecutar actos desde todo punto de vista censurables dentro y

²¹ Fls. 59-70

²² Fl. 76

²³ Fls. 685-879

²⁴ Fls. 41-55

²⁵ Fls. 616-618, 653-670

en pro del entorno laboral, ya que en efecto el art. 410 atrás citado establece como justa causa para que el Juez autorice el despido de un trabajador amparado por fuero sindical, la incursión en las causales enumeradas en los artículos 62 y 63 del Código Sustantivo del Trabajo.

Para el Despacho sin dubitación alguna los hechos enrostrados a los demandados por la demandante hacen parte de la esfera de la actividad sindical de la Organización a la cual pertenecen, pues sin desconocer su incidencia o repercusión frente al empleador como lo es el reconocimiento de la protección foral de directivos, no se considera que los mismos obtengan la connotación suficiente de causal de despido con justa causa para promover la acción de levantamiento correspondiente, como en efecto ocurrió. De hecho, si se considerara que acaeció una adulteración o un acto anómalo, lo cierto es que no se dio en el ámbito de la empresa, esto es, en el ejercicio de la actividad laboral o a favor de ésta. Recuérdese que para la Sala de Casación Laboral de la H. Corte “(...) el poder reglamentario del empleador, no va más allá de lo que concierne a la actividad productiva”²⁶.

Precisamente para reafirmar la tesis esbozada, tenemos que si bien los principios de buena fe, confianza o transparencia, respeto, lealtad y obediencia gobiernan las relaciones de trabajo, no es menos verdadero que las causales invocadas (Véanse, los numerales 1²⁷, 5²⁸ y 6²⁹ del art. 7° del Decreto 2351 de 1965, en armonía con el numeral 4³⁰ del art. 58 del CST y normas del Reglamento Interno de Trabajo) informan que su materialización se dé en torno a la actividad productiva de la empresa y en el marco de la ejecución de las obligaciones contractuales.

Ahora bien, como se dijo en líneas precedentes, téngase en cuenta que el artículo 39 de la Constitución Nacional permite que los trabajadores y empleadores constituyan sindicatos o asociaciones, **sin intervención del Estado**, por lo que puede advertirse que gozan de una gran autonomía para autorregularse, funcionar y organizarse conforme al orden legal y, así mismo, que el poder patronal “(...) para dar por terminada unilateralmente la relación contractual no puede ser absoluto ni abusivo, menos todavía si se establece que el ejercicio de la atribución no es otra cosa que un instrumento retaliatorio respecto de situaciones ajenas al campo estrictamente laboral”³¹.

Así las cosas, muy a pesar de las sindicadas anomalías presentadas al respecto, es normal que estando vigente la inscripción de la junta directiva de la organización en el registro sindical, y, a su vez, siendo el empleador conocedor de su conformación y no hallándose demostrada la ocurrencia de ninguna de las causales estatuidas en el art. 410 pluricitado, deba respetarse el fuero de los demandados, puesto que no le viene atribuida a aquel la competencia para adentrarse en asuntos de estirpe sindical que sólo deben concernir a la organización, y, en el marco de su constitución, como de la elección de sus dignatarios, a las autoridades administrativas correspondientes a través de los medios creados para el efecto, tal como lo hiciera la parte incoante al impetrar los recursos de reposición y

²⁶ Sentencia del 9 de diciembre de 2008, Rad. 33596, M.P. Dr. EDUARDO LOPEZ VILLEGAS

²⁷ “El haber sufrido engaño por parte del trabajador, mediante la presentación de certificados falsos para su admisión o tendientes a obtener un provecho indebido”.

²⁸ “Todo acto inmoral o delictuoso que el trabajador cometa en el taller, establecimiento o lugar de trabajo o en el desempeño de sus labores”

²⁹ “Cualquier violación grave de las obligaciones o prohibiciones especiales que incumben al trabajador de acuerdo con los artículos 58 y 60 del Código Sustantivo del Trabajo, o cualquier falta grave calificada como tal en pactos o convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos”

³⁰ “Guardar rigurosamente la moral en las relaciones con sus superiores y compañeros”

³¹ Sentencia SU- 667 de 1998

apelación contra la Resolución No. 00464 del 29 de abril de 2008, que inscribió a la referida junta³², o bien instaurar la demanda ante el juez laboral para obtener la disolución y cancelación en el registro sindical de la aludida asociación.

En similar sentido se pronunció ésta Sala recientemente en sentencia del 31 de julio de la presente anualidad, Rad. 49572, M.P. Dra. CLAUDIA MARIA FANDIÑO DE MUÑIZ.

Y si en gracia de discusión se tuviera que la actuación enrostrada a los demandados lo fue dentro de la actividad productiva de la empresa o a su favor, se concluiría que no se encuentra fehacientemente probada su autoría o participación en la misma, requisito éste indispensable para predicar su culpabilidad. En efecto, la Corte Suprema de Justicia³³ desde tiempos remotos ha venido pregonando que la responsabilidad del trabajador debe ser subjetiva para que pueda configurarse la justa causa de despido:

“La causal justa de terminaron del contrato de trabajo prevista en el artículo 7° , literal a) ordinal 2° del Decreto 2351 de 1965, transcrito por el censor, se configura por la conducta de un trabajador; de suerte que el análisis que el juzgador debe hacer sobre ésta para determinar su adecuación al texto legal, no puede limitarse a su significación meramente objetiva, puesto que todo comportamiento humano es complejo en motivaciones y causas, cuya averiguación a veces pone al descubierto que la aparente protervia de una actitud, esconde motivos de variada índole que le quitan tal connotación. No es dable entender, en modo alguno, que el derecho laboral, cuya esencia está en el amparo del trabajador, deba ignorar todas las construcciones doctrinales plasmadas primordialmente en el ordenamiento punitivo, atinente a que no basta que los hechos sean aparentemente ilícitos para concluir que efectivamente lo son, pues pueden concurrir con ellos circunstancias particulares de justificación, de imputabilidad o de inculpabilidad que los conviertan en acordes con el orden jurídico”.

Tenemos en el presente caso que no existen vestigios que nos indiquen que fueron directamente los hoy demandados quienes propiciaron los hechos engañosos narrados por la demandante, pues si bien es cierto que fueron los beneficiados, habida cuenta que resultaron favorecidos con la protección foral cuyo levantamiento hoy se solicita, no lo es menos que, ello, por sí solo, no es indicio suficiente para predicarle culpabilidad a todos, mucho menos a cada uno individualizado.”

FUENTE NORMATIVA: Corte Constitucional: Sentencia T-675/09, Artículos 62, 63 y 410 del C.S.T., Artículos 1, 5 y 6 del art. 7° del Decreto 2351 de 1965, concordado con numeral 4 del art. 58 del CST, y Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 9 de diciembre de 2008, Rad. 33596, M.P. Dr. Eduardo López Villegas.

FECHA: Agosto 29 de 2013

DEMANDANTE: Alimentos Cárnicos S.A

DEMANDADOS: Agustín Carvajal Teherán, Rafael Sánchez Salgado, Rosalba Tejeda Páez y Freddy Páez Romero

RADICACIÓN: 08-001-31-05-006-2008-00434-01/**47836-F**

DECISIÓN: Confirma sentencia apelada.

³² Fls. 685-879

³³ Sentencia del 28 de mayo de 1987

3. SALA PENAL

PRUEBA MIXTA-Doctrinalmente se conoce a la combinación de una prueba directa y una indirecta/ **TESTIGO DE REFERENCIA**-Requisitos/Validez probatoria/ No presencia los hechos, pero conoce de éstos por el relato que hace la víctima/**RETRACTACIÓN**-Testigo evasivo después de haber rendido entrevista ante la policía judicial/Posición de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia/Casos en que es inadmisibles: En la etapa del juicio no genera dudas sobre la ocurrencia del hecho punible

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: Dr. JORGE ELIÉCER MOLA CAPERA

Causa fáctica: En el presente caso, se estudian varios institutos del procedimiento penal actual como el testigo de referencia y la retractación en la apelación dentro de una causa adelantada por el delito de homicidio doloso producido por golpe contundente con un taco de billar.

Extractos: “En el presente caso, la Fiscalía acusó al ciudadano Johan Enrique Sanjuán Valbuena del delito de homicidio preterintencional en la persona de Manuel Palmera Ferreira, en virtud de ello, dentro del juicio oral se debatieron las siguientes pruebas:

5.3.1 La existencia del hecho se encuentra acreditada con la necropsia practicada por Medicina Legal y que conceptúa lo siguiente:

“...El deceso de Palmera Ferreira Manuel de Jesús, adolescente, de sexo masculino, intervenido quirúrgicamente, identificado indiciariamente, fue causa directa de la sepsis, debido a perforación de víscera hueca, producto del trauma cerrado de abdomen por el trauma contundente”. (Folio 20 C.O. del Juzgado).

5.3.2 De otra parte, se tiene el testimonio de Beatriz Ferreira Acosta la madre de Manuel de Jesús Palmera Ferreira, que arguye lo siguiente:

Fiscalía: ¿Me recuerda el nombre completo del hijo que falleció en marzo?

Testigo: Manuel de Jesús Palmera Ferreira

Fiscalía: ¿Que recuerda usted de lo que paso con su hijo cuando llega a su casa ese día que tuvo que internarlo?

Testigo: Yo recuerdo que mi hijo llegó con las manos en el estómago todo doblado a consecuencia del golpe que le efectuó Johan Sanjuán, él llegó y llegó mal enseguida llego con las manos puesta en el vientre y decía me duele me duele y entro y enseguida empezó a vomitar, yo estaba haciendo la comida adentro pero inmediatamente cuando el entra y empieza a vomitar yo dije de pronto fue que tomo algo y le efectuado le da ganas de vomitar, déjame comprarte una soda un alcazete para el vómito, pero en ese momento inmediatamente llego Cesar Sánchez llegaron los demás de abajo y le dijeron flaco te dejaste joder de Johan, cesar llego con otros más que no están hay registrados por que ellos no quieren rendir indagatoria, pero hay otros que ellos vieron que fueron testigos presenciales de los hechos.(Sic)

Fiscalía: ¿Por intermedio de quien se enteró usted de las diferencias que tuvo su hijo fallecido con Johan?

Testigo: Por Cesar y Lino

Fiscalía: ¿Qué le dijeron que fue lo que paso?

Testigo: Ellos dijeron que le hijo mio no, el flaco no estaba en el momento los que estábamos jugando éramos nosotros cuando de pronto él llega y le dice, por que yo le dije por que él estaba metido en el juego, ¿él estaba jugando? y me dijo no él no estaba jugando el de pronto

vino y le dijo a el yo apuesto 10 mil pesos que tu no metes que no le haces el juego ósea la cosa del billar a lino y él le dijo que sapo y enseguida le dio con el taco de billar.

Fiscalía: ¿Que le dijo su hijo Manuel respecto del nombre de su agresor?

Testigo: Me dijo me pegaron me dio me dio me dio Johan, y al hijo mío mayor que se llama Kevin también él le dijo que quien lo había agredido con el taco de billar había sido Johan

Fiscalía: ¿Por qué dice usted que Johan es la misma persona que se encuentra aquí presente?

Testigo: Porque yo lo conozco a él porque ya desde antes ya nosotros nos conocíamos viviendo en el barrio por que la mama de él vivía en el barrio también y ella es conocida.

Fiscalía: ¿Y cuando su hijo empieza a vomitar sangre que más hace usted?

Madre: Yo lo llevo inmediatamente al Hospital Metropolitano

Fiscalía: ¿Que paso allá?

Madre: Enseguida empiezan a hacerle las diligencias de rigor, me preguntaron el motivo, qué había pasado con el yo le dije no él estuvo en un billar y le dieron le pegaron con un taco de billar en el abdomen de ahí fue empezó a hacerle todo los seguimientos los procedimientos y me dijeron que era urgente le tomaron una placa fue cuando se dieron cuenta del estado de gravedad.

Fiscalía: ¿La persona que dice su hijo haberla golpeado se encuentra aquí presente? (La testigo señala al acusado como la persona que le causa el golpe a su hijo).

Tal como se puede observar la madre del occiso Palmera Ferreira, es una testigo de referencia, por la imposibilidad de éste rendir testimonio en el juicio oral acerca de quien fue la persona que le propinó el golpe que posteriormente le produjo su deceso.

Al respecto vale resaltar que una declaración tendrá la condición de prueba de referencia cuando concurre alguna de las siguientes situaciones:

- (i) Se rinde por fuera del juicio oral.
- (ii) No se garantiza a la parte contra la cual se aduce el derecho a contrainterrogar al testigo.
- (iii) El declarante refiere hechos que no apreció en forma personal y directa.

Es decir, es posible que la prueba se recaude en el juicio oral, pero en su desarrollo no se garantice a la parte perjudicada el contrainterrogatorio del testigo o éste declara aspectos que no conoció en forma personal y directa. En tales casos se tratará de prueba de referencia. Igual situación ocurrirá si en la práctica del testimonio se posibilita la confrontación, pero su recaudo se hace por fuera del juicio oral³⁴ o el declarante ofrece un relato de oídas. Lo mismo sucederá si la declaración se practica en el juicio oral y se garantiza el contrainterrogatorio, pero el declarante ofrece relatos que no le constan de manera personal y directa³⁵.

La Colegiatura observa que la mencionada testigo es clara al señalar al procesado como la persona que su hijo acusó como su agresor instantes después de haber llegado a su casa, en condiciones lamentables por el golpe recibido en el abdomen, igualmente identifica al procesado como la misma persona que fue acusada por su hijo como responsable de aquel fatídico golpe.

5.3.3. Por su parte, el declarante Lino Rodríguez Luna, testigo presencial de los hechos, en entrevista realizada por policía judicial adujo lo siguiente:

³⁵ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de casación Penal, Sentencia del 27 de febrero de 2013, Rad. 38773, M.P. Dra. María del Rosario González Muñoz.

“...Para el día de los hechos siendo aproximadamente las cuatro de la tarde yo llegue al billar de razón social “el Deiber” en compañía de un amigo de nombre Edwin Vallejo, el difunto Manuel me brindó una cerveza y Edwin mi amigo le dijo a Elkin que hiciéramos un cuarto de billar, jugamos como tres partidos entre nosotros cuando llegó Johan a decirnos que quería jugar, en el momento le dijimos que no por que sabemos la clase de persona que es Johann, él es peleonero busca pelea, es ardido cuando pierde, no sabe perder, nosotros seguimos jugando pero él no se fue, posteriormente decidimos entre todos dejarlo jugar y hay empezé todo discutió con mi amigo Elkin que era su compañero de juego, también discutió con Edwin por que perdieron y no quería pagar la cerveza, en razón a esto Edwin decidió pagar la cuenta y Johann le dijo que el tenía plata que no le pagara nada, Edwin le dijo que pagara entonces sus cervezas que el administrador del billar le devolvía su plata, seguimos jugando con Johann y otros amigos entre los que estaba el difunto Manuel los cuales estaban observando el partido de billar, al término de uno de los juegos quedó sobre la mesa una bola difícil de meter según Johann, hay es cuando le dice a Manuel que apostaran los diez mil pesos a que el la metía, Manuel le dice que no por que esa bola estaba fácil, Johan jugó y no la metió, sino que la dejó fácil de meter a su contrincante, entonces Manuel le dice que apuesten los diez mil pesos y Johan le dice que no fuera sapo, en respuesta a esa ofensa Manuel se levantó de la silla a reclamarle a Johann y este le pegó con un taco de billar en el abdomen, Manuel se sentó nuevamente y luego se fue para su casa, posteriormente, Johann se metió conmigo diciéndome que yo también era sapo, él pensó que yo le iba a contestar pero no le contesté y le di la espalda cuando de pronto Edwin mi amigo me avisa que volteara que Johann me iba a pegar también, no me dio tiempo de reaccionar y me pegó una trompada en la cara y retrocedió a buscar un taco de billar para pegarme pero yo lo alcance y nos dimos trompada hasta que nos separaron, pagamos la cuenta y nos fuimos para otro billar a seguir jugando a donde otros vecinos nos avisaron que tuviera cuidado que Johan me andaba buscando con machete para matarme, yo me quede hay con unos amigos para ver si era verdad pero todavía lo estoy esperando, ese Johan se cree que él le puede formar pelea a todo el mundo e ir agrediendo al que se le pare él es un peligro para la sociedad ojala la policía logre capturarlo y pague por la muerte de nuestro amigo”. (Folio 37 y 38).

5.3.4. Posteriormente, en audiencia de juicio oral, el señor Rodríguez Luna manifestó que:

Fiscalía: ¿Cómo se divierte usted?

Testigo: De vez en cuando uno se toma sus cervecitas y eso, como todo en fiesta, usted sabe que uno se divierte de varias formas.

Fiscalía: ¿Para usted quien fue el joven Manuel?

Testigo: Fue un conocido porque ellos son compañeros y tenemos el mismo trabajo, somos conocidos del trabajo.

Fiscalía: ¿Y además de eso ustedes eran vecinos, amigos tiene algún parentesco?

Testigo: Vecinos si somos porque somos del mismo barrio, pero parentesco ninguno.

Fiscalía: ¿Usted acostumbraba a compartir con el joven Manuel en que actividad?

Testigo: Na más de trabajo.

Fiscalía: ¿Qué es la vida de Manuel dónde está?

Lino: No mucho pero de lo personal no sé nada.

Fiscalía: ¿Dónde está el actualmente hoy, donde se encuentra?

Testigo: En el cementerio.

Fiscalía: ¿Por qué?

Testigo: No le sé decir, sé que me citaron acá, pero directamente no sé, me dijeron que era un golpe pero hasta ahí.

Fiscalía: ¿Qué paso hace meses?

Testigo: Qué paso? que yo sepa nada.

Fiscalía: ¿Aja pero entonces no dice usted que está en el cementerio?

Testigo: Si pero, que dicen que él tuvo una pelea, si pero no sé qué discutió, no sé qué paso la verdad es que no se no sé nada.

Fiscalía: ¿Y esa última vez que usted vio a Manuel con vida donde lo vio?

Testigo: Lo vi en el billar.

Fiscalía: ¿En qué billar?

Testigo: Yo no me sé el nombre a ese billar (risas).

Fiscalía: ¿Dónde queda ese billar?

Testigo: Ese es las Malvinas, por la canchas de las Malvinas.

Fiscalía: ¿Usted recuerda que otras personas se encontraban allí junto con usted y Manuel?

Testigo: Claro.

Fiscalía: ¿Quienes se encontraban?

Testigo: Se encontraban el señor Edwin, Manuel, Cesar Augusto y otros compañeros más que ahora no me acuerdo el nombre de ellos muy bien sino por el apodo.

Fiscalía: ¿Y qué hacían ustedes allí?

Testigo: Cuando yo llegue al billar los encontré a ellos que estaban jugando.

Fiscalía: ¿Aja y que paso hay después?

Testigo: Yo llegue y nos pusimos a jugar entre nosotros hay hasta que llego la mujer de un compañero de nosotros que estaba jugando.

Fiscalía: ¿Usted dijo que Manuel de Jesús había fallecido?

Testigo: Correcto

Fiscalía: ¿Sabe usted si esa muerte fue accidental violenta o que alguien se la haya ocasionado?

Testigo: No

Fiscalía: ¿Ese día que estaban en el billar hubo algún tipo de actividad anormal que le haya llamado a usted la atención?

Testigo: Ninguna.

Fiscalía: ¿Hubo discusiones en ese billar?

Testigo: Suponiendo discusiones si pero no fue así mayor cosa.

Fiscalía: ¿Y sabe usted para donde salió Manuel cuando decidió irse de ese lugar?

Testigo: No, no sé porque como le estaba comentando, cuando llegó la mujer del compañero nosotros salimos a mamarle gallo porque la mujer lo había ido a buscar, cuando yo volví al billar ya Manuel no estaba en el billar.

Fiscalía: ¿Y sabe usted por que se fue del billar?

Testigo: No sé, o sea yo cuando pregunte por el me dijeron ya se fue pero no se a qué se fue.

Fiscalía: ¿A Johan se le atribuye la muerte de Manuel, circunstancia por la cual usted rindió una entrevista ante el funcionario de policía judicial Subintendente Barraza, recuerda usted que dio esa entrevista?

Testigo: Si.

Fiscalía: ¿Recuerda usted que le comentó sobre las causas de la muerte de Manuel a ese funcionario judicial?

Testigo: Si

Fiscalía: ¿Que le dijo?

Testigo: Que el había muerto de un golpe.

Fiscalía: ¿Y quien le había dado ese golpe como fue ese golpe?

Testigo: No se

Fiscalía: ¿Por qué le dijo usted que había sido por un golpe?

Testigo: Eso me dijo el oficial la verdad es que ellos me fueron a buscar a mi a la casa me dijeron que tienes que ir a declarar.

Al ver lo evasivo de sus respuestas, el Fiscal leyó al testigo las declaraciones que dio ante la Policía, para que refrescara su memoria y a la vez impugnar la credibilidad de lo dicho por éste, después el Ente Fiscal preguntó nuevamente y el testigo declaró lo siguiente:

Fiscalía: Ya usted alcanzó a escuchar la entrevista que le rindió a ese funcionario de policía judicial diga si ¿esa entrevista fue rendida por usted y si consulta lo que en realidad ocurrió?

Testigo: La mayoría de la parte si, pero cuando dice que yo digo que él le pegó el tacazo eso si no lo dije yo, cuando dice que yo dije que había visto cuando golpeó porque cuando los compañeros comentan yo no estaba dentro del billar cuando yo entre al billar ya el difunto no estaba, que yo en ningún momento he acusado a nadie por que yo no vi nada como voy a acusar una persona si no la he visto, si cuando por lo que comentan los compañeros que sucedió eso, como le venía diciendo yo anteriormente nosotros estábamos afuera poniéndole pereque al compañero que había llegado a buscar la mujer.

Fiscalía: ¿Usted en esa entrevista afirma que se había agarrado a trompadas con el señor Johan eso fue cierto o no fue cierto?

Testigo: Si fue cierto.

Fiscalía: ¿Usted el día 21 de julio de este año rindió una entrevista en la notaria décima de esta ciudad que recuerda usted de esa declaración?

Testigo: Así como le estoy diciendo ahora la declaración, eso fue lo que yo le conteste, a mí me leyeron, tu dijiste esto y esto yo dije no, en ningún momento yo si pelié con él, si dijimos que no queríamos jugar con él y todo, porque nosotros lo conocemos a él, pero en ningún momento yo he acusado a nadie como yo le estaba diciendo.

Fiscalía: ¿Usted contestó si me lo leyeron en la pantalla que quiso significar con eso que si se lo leyeron en la pantalla del computador?

Testigo: Exactamente lo que yo había dicho.

Fiscalía: ¿Por eso y lo que dijo fue que Johan había golpeado con un taco de billar a Manuel?

Testigo: En ningún momento he dicho eso

Fiscalía: Pero aquí aparece consignado.

Testigo: Hay puede aparecer pero en ningún momento lo he dicho

De lo expuesto se infiere que: (i) el testigo aceptó que se encontraba en el lugar de los hechos, el día en que fue herido Palmera Ferreira; (ii) el declarante presenta una actitud evasiva a las preguntas de la Fiscalía; (iii) admitió que realizó la entrevista ante la Policía, sin embargo, posteriormente evade la cuestión, manifestando que no había sostenido el hecho que el procesado golpeó con el taco de billar al occiso.

(...)

Como se puede observar el testigo Rodríguez Luna, en el juicio oral se retractó de las declaraciones que rindió en entrevista frente a los policías encargados de la investigación, razón por la cual el Fiscal en la audiencia le leyó la entrevista para refrescar su memoria e impugnar su credibilidad respecto de lo que estaba declarando.

Con referencia a este tópico la Corte Suprema de Justicia ha sostenido que:

“La retractación, ha sido dicho por la Corte, no destruye *per se* lo afirmado por el testigo arrepentido en sus declaraciones precedentes, ni torna verdad apodíctica lo dicho en sus nuevas intervenciones. En esta materia, como lo que atañe a la credibilidad del testimonio, hay que emprender un trabajo analítico de comparación y nunca de eliminación, a fin de establecer cuáles de las distintas y opuestas versiones, el testigo dijo la verdad. Quien se retracta de su dicho ha de tener un motivo para hacerlo, el cual podrá constituir ordinariamente en un reato de conciencia, que lo induce a relatar las cosas como sucedieron, o en un interés propio o ajeno que lo lleva a negar lo que obedece a un acto espontáneo y sincero de quien lo hace y siempre que lo expuesto a última hora por el sujeto sea verosímil y acorde con las demás comprobaciones del proceso”³⁶.

³⁶ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal.Sentencia de Casación No 22240 del 23 de agosto de 2006.

Con base en lo anterior, desde ya hay que decir que la retractación del testigo en la etapa del juicio, no alcanza a generar dudas sobre la ocurrencia del hecho delictivo imputado a Sanjuán Valbuena, dada la capacidad persuasiva del restante material probatorio.

Así pues, la Sala observa que al relato coherente y detallado de los hechos ocurridos en el billar “el Deiber”, que el testigo suministró ante el funcionario de la Policía que lo entrevistó, se contrapone la actitud evasiva en la que se mantuvo durante el interrogatorio de la audiencia pública.

Bajo este contexto no se puede descartar las primeras manifestaciones que Lino Rodríguez realizó antes del juicio oral, las cuales merecen plena credibilidad no sólo por su fluidez, claridad sino que además, lo que adujo hizo el declarante en la vista pública fue eludir notablemente las preguntas realizadas, pues respondió a casi todas las preguntas que “no sé qué pasó”, sin embargo, en el momento en que le fue preguntado sobre las causas de muerte del hoy occiso fue claro al decir que había sido por un golpe pero al interrogarle sobre quien le había propinado dicha agresión, sólo se limitó a decir “no se” sin dar una explicación más clara, al ver esta actitud evasiva en sus respuestas, el Fiscal le leyó la entrevista rendida por él antes del juicio y al preguntarle que si esa entrevista fue rendida por él y le había sido leída antes de firmarla, el declarante dijo “*exactamente lo que yo había dicho*”, aunado a que sus dichos dejan entrever nervios y burla hacia el tema, tal como consta en los audios.

Debido a lo anterior, tal retractación no fue clara, espontánea y certera, pues Rodríguez Luna durante su deponencia respondió en forma de escape a los interrogantes planteados, empero, si entendió cuando le interrogaron por la persona que había ocasionado el golpe al occiso.

(...)

En el caso *sub examine* la Judicatura observa que si bien el señor Lino Rodríguez Luna se retractó en el juicio oral de lo que rindió ante el investigador de policía judicial el 9 de marzo de 2008 (Folio 38 C.O. del Juzgado), ello no conduce *per se* a la absolución del encartado como lo sostuvo la Juez de Primera Instancia, pues al hacer la valoración de las pruebas en su conjunto, se infiere la existencia del hecho y la responsabilidad del procesado.”

FUENTE NORMATIVA: Corte Suprema De Justicia, Sala de casación Penal: Sentencia del 27 de febrero de 2013, Rad. 38773, M.P. Dra. María del Rosario González Muñoz y Sentencia de Casación No 22240 del 23 de agosto de 2006.

PROCESADO: Johan Enrique San Juan Valbuena

VÍCTIMA: Manuel de Jesús Palmera Ferreira

FECHA: Agosto 13 de 2013

RADICACIÓN: 2013-00170-P-MC

DECISIÓN: Revoca el fallo absolutorio. Condena pena privativa de la libertad. Niega subrogados penales.

TESTIGO DE CARGO-Credibilidad de su dicho/Respuestas contestes y concordantes con la naturaleza de las circunstancias/**TESTIGO ÚNICO**-Validez Probatoria/Posición de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia/**RECONOCIMIENTO EN FILA DE PERSONAS Y POR MEDIO FOTOGRÁFICO**-Exigencias legales para su práctica y valoración

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: Dr. LUIS FELIPE COLMENARES RUSSO

Causa fáctica: En el presente caso, la defensa del condenado argumenta que en la actuación no hay prueba de cargo, que permita condenar, fustiga la credibilidad del testigo único y considera que el primigenio defensor no tuvo precisas oportunidades probatorias.

Extractos: “Dada la anterior confrontación de ideas y argumentos, la Sala se permite concluir que, efectivamente aun siendo pocas en cantidad las pruebas de cargo, deben tenerse en cuenta que éstas no se cuentan, sino que se pesan o se sopesan, vale la pena entonces destacar de la sentencia del a-quo que no existe ninguna indicación que la señora NAYIBE MANJARRES, vecina del sector y propietaria del inmueble en cuyo frente se sucedió el hecho no tenía razones para perjudicar inmisericordemente a ZENEIN LARA, que de otra parte, sus afirmaciones son contestes y concordantes con la naturaleza y circunstancias del hecho en el sentido de asomarse a la puerta o la ventana cuando escuchó voces de auxilio y el enfrentamiento del occiso para con su agresor, que el GORDO LORZA cuenta con antecedentes de agresividad por aparecer implicado en otra investigación por tentativa de homicidio la cual viene enumerada en la sentencia de origen. Que finalmente de la declaración de la señora NAYIBE MANJARRES se logra extraer, que a pesar de la gorra pudo distinguir la figura y las características de ZENEIN ANTONIO, pero que además se afirma que había iluminación suficiente y que un elemento de tal naturaleza por más que pueda representar un obstáculo tampoco se constituye una máscara propiamente dicha, de manera que una persona aun con gorra puesta en la cabeza puede identificarse si se alcanzaron a advertir sus rasgos morfológicos, en particular, que los policiales, en trabajo de campo y de vecindad lograron establecer hacia donde se debía dirigir la investigación, cosa que, obligó al implicado a poner pies en polvorosa saltando por los patios del sector cuando sabía que había cometido una grave falta.

Así mismo, se sostuvo válidamente que para efectos del reconocimiento primigenio, el hoy condenado no ostentaba ni siquiera la categoría de indiciado, y que no pueden confundirse las exigencias de la ley 600 o sistema tradicional con las reglas del sistema de la 906 de 2004, conocido como oral acusatorio. En este sentido, la Sala debe agregar que la defensa deplora como omisión de la fiscalía la no práctica de una especie de reconstrucción de los hechos, para que situando dos personas en las posiciones de víctimas y victimarios se observara desde adentro y por la ventana o el umbral de la casa de la señora NAYIBE MANJARRES, si es posible observar, realizando la diligencias en las horas o momentos aproximados del presunto hecho criminal.

Acorde a lo precedente, aparece apropiado referirnos a los artículos 252 y 253 del Código de Procedimiento Penal Vigente para este asunto -Ley 906 de 2004-, los cuales a saber enseñan:

“Artículo 252. Reconocimiento por medio de fotografías o videos. Cuando no exista un indiciado relacionado con el delito, o existiendo no estuviere disponible para la realización de reconocimiento en fila de personas, o se negare a participar en él, la policía judicial, para proceder a la respectiva identificación, podrá utilizar cualquier medio técnico disponible que permita mostrar imágenes reales, en fotografías, imágenes digitales o videos. Para realizar esta actuación se requiere la autorización previa del fiscal que dirige la investigación.

Este procedimiento se realizará exhibiendo al testigo un número no inferior a siete (7) imágenes de diferentes personas, incluida la del indiciado, si la hubiere. En este último evento, las imágenes deberán corresponder a personas que posean rasgos similares a los del indiciado.

En ningún momento podrá sugerirse o señalarse la imagen que deba ser seleccionada por el testigo, ni estar presente simultáneamente varios testigos durante el procedimiento de identificación.

Cuando se pretenda precisar la percepción del reconocedor con respecto a los rasgos físicos de un eventual indiciado, se le exhibirá el banco de imágenes, fotografías o videos de que disponga la policía judicial, para que realice la identificación respectiva.

Cualquiera que fuere el resultado del reconocimiento se dejará constancia resumida en acta a la que se anexarán las imágenes utilizadas, lo cual quedará sometido a cadena de custodia.

Este tipo de reconocimiento no exonera al reconocedor de la obligación de identificar en fila de personas, en caso de aprehensión o presentación voluntaria del imputado. En este evento se requerirá la presencia del defensor del imputado.

Artículo 253. Reconocimiento en fila de personas. *En los casos en que se impute la comisión de un delito a una persona cuyo nombre se ignore, fuere común a varias o resulte necesaria la verificación de su identidad, la policía judicial, previa autorización del fiscal que dirija la investigación, efectuará el reconocimiento en fila de personas, de conformidad con las siguientes reglas:*

1. El reconocimiento se efectuará mediante la conformación de una fila de personas, en número no inferior a siete (7), incluido el imputado, al que se le advertirá el derecho que tiene de escoger el lugar dentro de la fila.

2. No podrá estar presente en una fila de personas más que un indiciado.

3. Las personas que formen parte de la fila deberán tener características morfológicas similares; estar vestidas de manera semejante y ofrecer modalidades análogas, cuando sea el caso por las circunstancias en que lo percibió quien hace el reconocimiento.

4. La policía judicial o cualquier otro interviniente, durante el reconocimiento, no podrá hacer señales o formular sugerencias para la identificación.

5. Tampoco podrá el testigo observar al indiciado, ni a los demás integrantes de la fila de personas, antes de que se inicie el procedimiento.

6. En caso de ser positiva la identificación, deberá expresarse, por parte del testigo, el número o posición de la persona que aparece en la fila y, además, manifestará si lo ha visto con anterioridad o con posterioridad a los hechos que se investigan, indicando en qué circunstancias.

7. De todo lo actuado se dejará registro mediante el empleo del medio técnico idóneo y se elaborará un acta que lo resuma, cualquiera que fuere su resultado.

Lo previsto en este artículo tendrá aplicación, en lo que corresponda, a los reconocimientos que tengan lugar después de formulada la imputación. En este evento se requerirá la presencia del defensor del imputado. De lo actuado se dejará constancia”.

De conformidad con las normas reproducidas anteriormente, se tiene que de la lectura de las mismas, éstas ofrecen las diferencias entre una y otra especie de exploraciones o reconocimiento, y de lo que se extrae que para efectos del reconocimiento fotográfico no se requería la presencia del abogado, en cambio que, si se hace lo propio en el reconocimiento en fila de personas, luego entonces el argumento de la apelante no viene a tener mérito de prosperidad.

Además, debe indicarse entonces que esta prueba o diligencia evidenciativa como una reconstrucción de hechos, en manera alguna puede exigirse hoy por hoy de la fiscalía, sino que, bien debió corresponder a la defensa, si hoy la considera indispensable de tal manera que hubiera podido realizar su práctica, acompañada de investigadores privados u otros colaboradores para registrar sus resultados en forma audiovisual contando con la facilidades de la tecnología moderna, tales como cámara digital, computador portátil, etc., que hoy son de fácil accesibilidad para cualquier usuario.

En este sentido, el sistema de igualdad de partes y de armas impone la necesidad que la defensa luche individual e unilateralmente por sus averiguaciones y pesquisas, para tal efecto puede solicitarse el apoyo de las autoridades, inclusive de expertos de medicina legal, por vía de derecho de petición o en últimas a ruego por medio de un Juez de Control de Garantías que cite a la fiscalía, al abogado de las víctimas, o al ministerio público, si estos sujetos procesales tienen a bien participar de las diligencias, proponiéndolas como diligencias anticipadas.

Debe reconocerse que lo anterior no resulta fácil para los defensores como profesionales privados en ejercicio de su labor, pero para ello están instituidas las autoridades que deben colaborar en consecuencia con lo dispuesto por la Ley, que en caso de oposición manifiesta, se podrá acudir al Juez de control de Garantías, como ya se dijera, y que en caso de negativa de estos, podrá acreditarse por vía de acreditación documentaria la realización de éstas solicitudes y su negativa para que puedan pesar como omisiones probatorias a cargo del Estado, que pudieran representar alguna forma de beneficio procesal en favor de los implicados, empero, mientras éstas diligencias sean nulas o inexistentes no podrá pretenderse seguir cabalgando para obtener una absolución sobre la posibilidad de pruebas omitidas que debieron realizarse.

De tal suerte que, amén de los artículos 267, 268, 271, 272, 273, y 374 del Código de Procedimiento Penal Vigente para este asunto -Ley 906 de 2004-, los cuales a la letra dicen:

“Artículo 267. Facultades de quien no es imputado. Quien sea informado o advierta que se adelanta investigación en su contra, podrá asesorarse de abogado. Aquel o este, podrán buscar, identificar empíricamente, **recoger y embalar los elementos materiales probatorios, y hacerlos examinar por peritos particulares a su costa, o solicitar a la policía judicial que lo haga.** Tales elementos, el informe sobre ellos y las entrevistas que hayan realizado con el fin de descubrir información útil, podrá utilizarlos en su defensa ante las autoridades judiciales.

Igualmente, podrá solicitar al juez de control de garantías que lo ejerza sobre las actuaciones que considere hayan afectado o afecten sus derechos fundamentales.
(El destacado es de la Sala).

Artículo 268. Facultades del imputado. El imputado o su defensor, durante la investigación, podrán buscar, identificar empíricamente, recoger y embalar los elementos materiales probatorios y evidencia física. Con la solicitud para que sean examinados y la constancia de la Fiscalía de que es imputado o defensor de este, **los trasladarán al respectivo laboratorio del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, donde los entregarán bajo recibo.** (El destacado es de la Sala).

NOTA: El texto subrayado fue declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-536 de 2008; el texto resaltado fue declarado EXEQUIBLE en la misma Sentencia, en el entendido de que el imputado o su defensor también podrán trasladar los elementos materiales probatorios y evidencia física a cualquier otro laboratorio público o privado, nacional o extranjero, para su respectivo examen.

Artículo 271. Facultad de entrevistar. El imputado o **su defensor, podrán entrevistar a personas con el fin de encontrar información útil para la defensa.** En esta entrevista se emplearán las técnicas aconsejadas por la criminalística.

La entrevista se podrá recoger y conservar por escrito, en grabación magnetofónica, en video o en cualquier otro medio técnico idóneo. (El destacado es de la Sala).

Artículo 272. Obtención de declaración jurada. El imputado o su defensor podrán solicitar a un alcalde municipal, inspector de policía o notario público, que le reciba declaración

jurada a la persona, cuya exposición pueda resultar de especial utilidad para la investigación. Esta podrá recogerse por escrito, grabación magnetofónica, en video o en cualquier otro medio técnico idóneo.

Artículo 273. Criterios de valoración. La valoración de los elementos materiales probatorios y evidencia física se hará teniendo en cuenta su legalidad, autenticidad, sometimiento a cadena de custodia y grado actual de aceptación científica, técnica o artística de los principios en que se funda el informe.

Artículo 374. Oportunidad de pruebas. Toda prueba deberá ser solicitada o presentada en la audiencia preparatoria, salvo lo dispuesto en el inciso final del artículo 357, y se practicará en el momento correspondiente del juicio oral y público”.

Así que, de la multiplicidad de normas referidas, vienen a ser igual número de posibilidades que tiene la defensa para proveerse y presentar en juicio todo lo que a bien tenga, en punto de su probar su tesis, luego entonces, el reproche que le hace la apoderada del procesado al a-quo no debe hacerse contra él, sino en disfavor de ella, o de cualquier togado que representó en primigenia oportunidad a la defensa, pues es a la parte defensiva a quien más exigible le es que demuestre razones de la inocencia del enjuiciado.

En conclusión, la decisión del Juzgado si bien se puede sustentar dentro de la categoría que tiene base en el testigo único ello no desnaturaliza la consideración de la confirmación de la corroboración de los cargos, así sea por pruebas mínimas arrimada a la actuación, y que al decir del artículo 381 de la codificación en mención, nos ofrece un conocimiento más allá de toda duda acerca del delito, y la responsabilidad del acusado fundada en las pruebas debatidas en el juicio.

Al respecto de la validez del testimonio único como prueba de cargo la Honorable Corte Suprema de Justicia ha dicho de tiempo atrás que:

*“No se trata de que inexorablemente deba existir pluralidad de testimonios o de pruebas para poderlas confrontar unas con otras, única manera aparente de llegar a una conclusión fiable por la concordancia de aseveraciones o de hechos suministrados por testigos independientes, salvo el acuerdo dañado para declarar en el mismo sentido. **No, en el caso del testimonio único lo más importante, desde el punto de vista legal y razonable, es que existan y se pongan a funcionar los referentes empíricos y lógicos dispuestos en el artículo 294 del Código de Procedimiento Penal, que no necesariamente emergen de otras pruebas, tales como la naturaleza del objeto percibido, la sanidad de los sentidos por medio de los cuales se captaron los hechos, las circunstancias de lugar, tiempo y modo en que se percibió, la personalidad del declarante, la forma como hubiere declarado y otras singularidades detectadas en el testimonio, datos que ordinariamente se suministran por el mismo deponente y, por ende, dan lugar a una suerte de control interno y no necesariamente externo de la prueba.***

*Con una operación rigurosa de control interno de la única prueba (aunque sería deseable la posibilidad de control externo que pueda propiciar la pluralidad probatoria), como la que ordena singularmente la ley respecto de cada testimonio o medio de prueba (art. 254, inciso 2° C. P. P.), también es factible llegar a una conclusión de verosimilitud, racionalidad y consistencia de la respectiva prueba o todo lo contrario. **Ciertamente, la valoración individual es un paso previo a la evaluación conjunta, supuesto eso sí el caso de pluralidad de pruebas, pero ello que sería una obligación frente a la realidad de la existencia de multiplicidad de medios de convicción, no por lo mismo condiciona el camino a la adquisición de la certeza posible aún con la prueba única.***

En razón de lo dicho, desde antes la Corte ha enseñado:

El testimonio único purgado de sus posibles vicios, defectos o deficiencias, puede y debe ser mejor que varios ajenos a esta purificación. *El legislador, y también la doctrina, ha abandonado aquello de testis unus, testis nullus. La declaración del ofendido tampoco tiene un definitivo y apriorístico demérito. Si así fuera, la sana crítica del testimonio, que por la variada ciencia que incorpora a la misma y mediante la cual es dable deducir cuándo se miente y cuándo se dice la verdad, tendría validez pero siempre y cuando no se tratase de persona interesada o en solitario. Estos son circunstanciales obstáculos, pero superables; son motivos de recelo que obligan a profundizar más en la investigación o en el estudio de declaraciones tales, pero nunca pueden llevar al principio de tenerse en menor estima y de no alcanzar nunca el beneficio de ser apoyo de un fallo de condena" (Casación de 12 de julio de 1989, M. P. GUSTAVO GÓMEZ VELÁSQUEZ³⁷).*(El destacado es de la Sala).

Máxime que las pruebas no se cuentan, sino que se pesan, acorde a lo precedente, es claro que, desde el órgano de cierre en lo penal se ha establecido y ya de vieja data, sin modificación ninguna que, es absoluta y totalmente factible que se edifique una sentencia condenatoria, sobre la base de las declaraciones de un testigo único, tal y como ocurre en este caso, en donde acertadamente el a-quo afincó su decisión en referentes empíricos y lógicos, haciendo un riguroso análisis de lo dicho por la señora NAYIBE MANJARRES, confrontándola con las de los demás testigos, amén de lo que le dio mayor validez a lo dicho por aquélla, como en suficiencia viene ilustrado; más aún, no es la cantidad de testigos los que dan la certeza, sino que uno sólo, como aquí ocurre, ofrece la convicción suficiente para proferir la decisión apelada, y que en esta instancia, tal y como se dijo desde el inicio se confirmará en todas sus partes.”

FUENTE NORMATIVA: Artículos 252, 253 267, 268, 271, 272, 273, y 374 de la Ley 906 de 2004, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia 12 de julio de 1989, M. P. GUSTAVO GÓMEZ VELÁSQUEZ

PROCESADO: Zenein Antonio Lara Bedoya

VÍCTIMA: José Andrade De La Cruz

FECHA: Septiembre 6 de 2013

RADICACIÓN: 08-001-60-01055-2009-04768-01/**2013-000115-P-CR**

DECISIÓN: Confirma sentencia de primera instancia.

PECULADO POR APROPIACIÓN-Materialidad de la conducta/**SERVIDOR PÚBLICO**-Deberes funcionales en caso de custodia de dineros públicos/**TESORERO MUNICIPAL**-Para proceder a la cancelación de salarios debe *poseer o exigir* un registro que soportara el importe del cheque que cobrara en efectivo/Debe seguir protocolo utilizado para pagos a terceros

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: Dr. JORGE ELIECER CABRERA JIMÉNEZ

Causa fáctica: En el presente caso, se estudia la conducta de quien fuera condenado por el delito de peculado en su condición de Tesorero de un ente territorial, en el manejo de cheques destinados al pago de terceros acreedores del municipio donde laboraba.

Extractos: “Para atender los argumentos del impugnante que busca la absolución de su asistido judicial y facilitar la construcción de la *ratio decidendi* con ocasión de la

³⁷ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, Sentencia del 15 de diciembre de 2000, Radicado 13.119

confrontación dialéctica entre el fallo condenatorio y reparos que a éste le hace, nos vemos avocados a edificar una síntesis de éstos de la siguiente manera:

a) Que según Juan Manotas Roa, Jefe de la Administración Municipal de Sabanalarga, se puede asumir que el importe dinerario contenido en el cheque objeto de cuestionamiento sí cumplió con la finalidad para la cual se había librado y que no era otro que abonar un mes de salario a los trabajadores del Municipio.

b) Que los testimonios de los señores Richard Orozco Roa, Cenit Díaz Rebollo y Osiris Ariza Martínez, sostienen que para la época en que se emite y paga el cheque al procesado, sí recibieron efectivamente un pago como trabajadores del Municipio, concretamente alusivos a un mes de salario y que lo recibieron en las instalaciones del Comando de Policía de Sabanalarga.

c) Que todo este proceso fue abortado por la crisis financiera del Municipio de Sabanalarga, así mismo que por los plurimos procesos ejecutivos en contra de este ente territorial.

El Tribunal, es categórico en afirmar que el recurrente abandona la valoración de las pruebas en su conjunto tal como se lo impone el artículo 238 de la Ley 600 de 2000, porque sólo nos presenta o exhibe como fuente de inspiración de la deprecada revocatoria de la sentencia condenatoria infligida en contra de Samuel Gutiérrez Tatis, las pruebas, que a su juicio, favorecen la hipótesis defensiva de éste; sin que con un trabajo crítico y analítico a partir de estas pruebas nos demuestre que efectivamente su postura es la más relevante y de aceptación dentro de los contornos que dominan la sana crítica, en asuntos como el que aquí se revisa.

Esto porque tal como se dijo en el pliego acusatorio a Samuel Gutiérrez Tatis, le correspondía *poseer o exigir* un registro que consultara la realidad de que el importe del cheque en cuantía de \$43.314.054, que cobró en efectivo fue única y exclusivamente para pagar un mes de salario atrasado a los trabajadores de la Alcaldía Municipal de Sabanalarga, al no tener esa constancia y que sólo se obtiene por el dicho de varios testigos, que son incoherentes y no armónicos en sus asertos lo que hace es revelar un torticero trámite administrativo que no consulta los protocolos legitimados para pagar mesadas o sumas de dinero a trabajadores de un ente territorial, muy a pesar de la recurrida crisis financiera a que se alude.

Pero es que la *cosa pública* dentro de su manejo y confiado a un funcionario público, Tesorero municipal, no permite pervertir los reglados procedimientos, dentro de su incursión al ámbito jurídico y material del servidor público ora en su destinación o efectivización como satisfacción de las políticas trazadas por el ente territorial y mucho menos de aquellos rubros que son necesarios para el pago de la nómina o de los servicios prestados por las personas encargadas del funcionamiento de la Alcaldía Municipal, ya que dichas exigencias documentarias a la sazón son el respaldo y el respeto al caudal público, mediante los cuales se puede probar a los *entes de control* del Estado, de que todas las actividades desarrolladas se encuentran curtidas de transparencia, de objetividad, imparcialidad y eficacia dentro de los fines que busca cumplir la Administración Pública.

En nuestro caso, el exótico proceder administrativo de Samuel Gutiérrez Tatis, no encuentra la más mínima justificación en la crisis financiera del Municipio de Sabanalarga, al contario si optó este Tesorero por auto emitirse el cheque cuestionado y cobrarlo por

ventanilla con los fines de pagar un mes de sueldo a ciertos trabajadores de esta célula territorial, tal como se dijo en antecedencia debió exigir unas constancias que permitieran probar y aceptar desde luego en estas condiciones este inusitado proceder, en la eventualidad que tales constancias escriturales existieren o por lo menos no las revela el expediente. Si esto no se encuentra probado el sentido común y la misma sindéresis de un racionamiento lógico de cara a esta situación, lo que hace es concluir todo lo contrario, porque:

(i) Si Samuel Gutiérrez Tatis, en calidad de Tesorero Municipal, se tomó el trabajo de hacerse elaborar a su nombre el cheque N° J3715744 del Banco de Bogotá, fechado 30 de septiembre de 2000, por la suma de \$43.314.054, para pagar un mes de salario a los trabajadores municipales, la misma lógica le indicaba adoptar para su seguridad y cumplimiento funcional, igual trabajo que consistía en emitir los sendos cheques por las sumas de dinero que le correspondía a cada trabajador y ahí se zanjaría la discusión, cuando se actúa legítimamente.

(ii) Prueba de que no actuó el procesado legítimamente se obtiene a partir de su propia indagatoria, cuando a una última pregunta señala que: *“Si, que haré todo lo posible por hacerle llegar prueba a este despacho, tanto testimoniales como documentales para aclarar estos hechos y demostrar mi inocencia en este caso...”*³⁸ (Subrayado nuestro). Prueba documental que nunca llegó o se arrimó al expediente para demostrar a quién y por qué cuantía se le pagó sueldo por razón de ser trabajador o ex trabajador del Municipio de Sabanalarga, el año 2000, falencia que invita a fortalecer los argumentos del Juez de instancia.

(iii) Si Nidia del Socorro Blanco Franco, vinculada a la Administración Municipal, a quien el procesado le atribuye el compromiso junto con Yadira Roa Reyes, de cancelar o pagarle los salarios a los trabajadores con el dinero fruto del cobro del cheque por parte de éste en cuantía de \$43.314.054, si eso fuese verdad no existe razón alguna para que ésta en su testimonio frente a la pregunta de que: *“...Díganos si usted tiene conocimiento sobre el cobro que presuntamente realizó Samuel Gutiérrez, respecto de un cheque de \$43.000.000, perteneciente a las arcas del Municipio, cobro que al parecer fue irregular. Contesto: no tengo conocimiento de esto, él era el tesorero y yo tenía algunas funciones administrativas.”*³⁹

Ya aquí el esfuerzo exculpatorio y que se traduce en ser el procesado, el carismático y filantrópico Tesorero Municipal, se derrumba ante la ausencia de solidez por razón de la posición que sobre el particular asume Nidia del Socorro Blanco Franco, la cual desconoce totalmente del cobro del cheque y el posterior pago de mesadas a ciertos trabajadores.

Si esto es así y que se descubre a partir de una compañera de trabajo del procesado, a la que le debe unir el mismo interés legítimo de cumplir con sus asignadas funciones públicas, las cuales por ser complejas y variables se les impone el contacto cotidiano o aquella intermediación perenne dentro de sus acciones, cuando sabemos que entre Tesorero y funcionario de nómina o con contacto sobre ésta nos desnudan unos actos compartidos, que congloban unos pasos administrativos de inexcusable conocimiento recíproco. Con todo para significar que si se atribuye el pago en efectivo de una nómina producto del cobro por ventanilla por parte de un compañero – Tesorero- y Nidia desconoce de tal procedimiento, lo más elemental es que miente el Tesorero, porque para el cobro del cheque

³⁸ Folio 67, cuaderno original.

³⁹ Folio 43, cuaderno original.

no debió acudir a un extraño procedimiento, conclusión que brota, aplicado el principio de no contradicción.

Es cierto que la presunción de inocencia constitucional y legal se erige como una garantía que cabalga junto con todo el individuo que es sometido al escrutinio por su conducta jurídicamente relevante dentro de un proceso penal, pero similar conclusión se arriba cuando esta garantía es abatida por la fuerza suasoria de las pruebas que logran catapultarlo como autor responsable de unos hechos que encuentran engaste tipológico, como en nuestro caso, en donde la teoría inicial y por vía de apelación de la defensa técnica, es sostener lo mismo en el entendido de que en verdad Samuel Gutiérrez Tatis, si pagó mesadas atrasadas a trabajadores del municipio de Sabanalarga, argumento que de manera sofisticada se nutre de los testimonios Richard Orozco Roa, Cenis Díaz Rebollo y Osiris Ariza Martínez, los cuales encuentran igual que el acusado constatación en sus propias palabras, sin que obre pieza documental que las reconforte.

Esto nos muestra que estamos frente a una alegoría exculpatoria que pretende vivir al amparo de un trámite administrativo pervertido y además sin norma escrupulosa que habilite su legitimidad, porque el procesado no probó que tiene respaldo documental de su dicho, conoedores que dentro de la actividad de la administración pública, no se registra posible que una obligación funcional, pueda ser esquivada al capricho de éste, sino que contrario a ello debe cumplirla para que precisamente haga parte de la historia o de la memoria del ente territorial donde trabajaba, no sólo para exhibirlo a los entes de control, sino para cumplir con los actos de finiquito de las cuentas, como tampoco cumplieron *los trabajadores* quienes tienen el derecho de tener una objetiva constancia de su pago, lo cuales permite también usarla para los fines de seguridad social y prestacional, por lo que semejante desdén o indiferencia de parte y parte no comulga con las más elementales reglas de confianza entre patrono y trabajador.

Sumidos en el acierto del Juez, cuando luego de realizar toda la evaluación probatoria concluye que el procesado es responsable de Peculado por Apropiación, se observa que en el otro extremo que lo es la defensa técnica, no se logra vislumbrar dentro de sus argumentos la fuerza probatoria que desestabilice la postura del Juez, si ello refulge de tal talante debemos recordar la figura de carga *dinámica de la prueba* que hoy en ciertos caso es aceptada por la jurisprudencia penal, como que con sus criterios exige que corresponde al impugnante probar el supuesto de hecho que concita a predicar una mejor suerte jurídica del procesado, en el caso de la especie si la defensa técnica pregona que existió el pago de los salarios a ciertos trabajadores del municipio de Sabanalarga, debe probarlo no testimonialmente sino documentalmente, sencillamente porque la administración pública, debe llevar un registro de esta situación, no sólo para evitar el doble pago, sino para justificar la erogación del dinero que tiene un rubro específico dentro del presupuesto municipal, el cual en la suerte de sus ejecutorias, está expósito o abierto para que sea examinado dentro del ejercicio del control posterior, que también es una obligación del Estado, en vía de verificar el gasto y destinación legítima del dinero público.⁴⁰

⁴⁰ “Pero si bien es cierto que el principio de presunción de inocencia demanda del Estado la demostración de elementos suficientes para sustentar la solicitud de condena, ha de admitirse al mismo tiempo que en eventos en los cuales la Fiscalía cumple con la carga probatoria necesaria, allegando las evidencias suficientes para determinar la existencia del delito y la participación que en el mismo tiene el acusado, si lo buscado es controvertir la validez o capacidad suasoria de esa evidencia, es a la contraparte, dígame defensa procesado, a quien corresponde entregar los elementos de juicio suficientes para soportar su pretensión...” (Subrayado nuestro) Sentencia del 13 de mayo de 2009, radicado 3.1147 M.P. Sigifredo Espinosa Pérez.

No se trata de establecer una tarifaria exigencia probatoria, habida cuenta que por la misma naturaleza y razón de ser de la administración pública, es necesaria y obligada que en el ente territorial, quede vestigio o evidencias de su propia actividad, no impuesta por el juzgador sino por todas las normas que regulan la existencia de los municipios, los entes de control y de las mismas entidades prestadoras de salud. De suerte que si se paga un mes de salario a unos trabajadores, sin evidencias de tal suceso, ¿Cómo es posible que estos mismos trabajadores sepan si los dineros descontados incursionaron las arcas de la escogida EPS? La respuesta tal como la presenta procesado y defensa técnica, entrañan una mezquindad intestina sobre los mismos derechos sociales de los trabajadores, unos fundamentales como son la salud, así mismo que sobre el tópico de las cotizaciones para efectos pensionales, derechos abandonados a la suerte en las palabras de los testigos Richard Orozco Roa, Cenis Díaz Rebollo y Osiris Ariza Martínez.”

FUENTE NORMATIVA: Artículo 238 de la Ley 600 de 2000.

PROCESADO: Samuel Gutiérrez Tatis

VÍCTIMA: El Estado Colombiano

FECHA: Septiembre 13 de 2013

RADICACIÓN: 08-638-31-89-003-2011-012-01/2013-00149

DECISIÓN: Confirma sentencia condenatoria de primera instancia.

4. ACCIONES CONSTITUCIONALES

TUTELA CONTRA DECISIONES JUDICIALES-Relevancia constitucional/Defecto probatorio/Defecto sustantivo o material/TÍTULOS VALORES EN BLANCO-Diligenciamiento/El juez se equivoca al dar por sentado las instrucciones verbales en un título valor de este tipo

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: Dra. GUIOMAR PORRAS DEL VECCHIO

Causa fáctica: En el presente caso, el accionante pretende que se deje sin valor jurídico la sentencia proferida por el juzgado accionado, y que como consecuencia, se ordene emitir nueva sentencia acorde con los argumentos esbozados en la acción de tutela, pues considera que no hubo una correcta y completa valoración del acervo probatorio allegado al proceso.

Extractos: “La Guardiania Constitucional ha señalado que en los casos en que se presentan acciones de tutela contra los despachos judiciales o sus providencias, debe existir en estas últimas alguna inconsistencia burda o grosera que viole el derecho fundamental que se reclama. Esto se debe a que el legislador le ha otorgado a las autoridades judiciales cierto nivel de discrecionalidad dentro de un marco interpretativo, en el cual, los jueces pueden hacer pleno uso de la sana crítica.

Por lo anterior, la acción de tutela, solo es viable cuando el juez ha incurrido en un defecto jurídico grosero a tal punto que pueda considerarse una vía de hecho, encontrándose ente ellos, los defectos sustantivo, fáctico, orgánico y procedimental.

1.1.1. Defecto Fáctico

El vicio del cual acusa el accionante a la sentencia, se relaciona con la valoración que la juez de conocimiento le dio al acervo probatorio para dictar sentencia, lo que significa, que acusa la sentencia de adolecer de un defecto fáctico, pues este *“ha sido definido por la jurisprudencia constitucional como aquel que surge o se presenta por omisión en el decreto y la práctica de las pruebas; la no valoración del acervo probatorio y el desconocimiento de las reglas de la sana crítica; por último, la Corte también lo ha llegado a derivar de problemas intrínsecos relacionados con los soportes probatorios.”*⁴¹

(...)

De las anteriores dimensiones, ha extraído la jurisprudencia, tres modalidades distintas de defecto fáctico, de las cuales, al incurrir el juez en alguna de ellas, vulnera de forma inmediata el debido proceso⁴². Dichas modalidades son: *“(i) defecto fáctico por la omisión en el decreto y la práctica de pruebas; (ii) defecto fáctico por la no valoración del acervo probatorio y (iii) defecto fáctico por desconocimiento de las reglas de la sana crítica.”*⁴³

Al hacer la adecuación al caso, se hace énfasis en la indebida valoración probatoria o valoración defectuosa del acervo probatorio, pues esta es la tesis que defiende el accionante para que se proteja su derecho fundamental al debido proceso en sede de tutela.

En la precitada sentencia, la Guardiana Constitucional reconoció cinco situaciones en las que se considera vulnerado el debido proceso por defecto fáctico vicio en la valoración de las pruebas, dichas situaciones son las siguientes:

- (i) *Cuando el funcionario judicial, en contra de la evidencia probatoria, decide separarse por completo de los hechos debidamente probados y resolver a su arbitrio el asunto jurídico debatido;*
- (ii) *Cuando a pesar de existir pruebas ilícitas no se abstiene de excluirlas y con base en ellas fundamenta la decisión respectiva;*
- (iii) *en la hipótesis de incongruencia entre lo probado y lo resuelto, esto es, cuando se adoptan decisiones en contravía de la evidencia probatoria y sin un apoyo fáctico claro;*
- (iv) *cuando el funcionario judicial valora pruebas manifiestamente inconducentes respecto de los hechos y pretensiones debatidos en un proceso ordinario, no por tratarse en estricto sentido de pruebas viciadas de nulidad sino porque se trata de elementos probatorios que no guardaban relación con el asunto debatido en el proceso; y*
- (v) *Cuando el juez de conocimiento da por probados hechos que no cuentan con soporte probatorio dentro del proceso.*

Las situaciones para que se presente este defecto tienen un marco muy restringido, ya que por el respeto al principio de autonomía e independencia judicial y en aplicación de las

⁴¹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-464 de 2011.

⁴² *“En otras palabras, se presenta defecto fáctico por omisión cuando el juzgador se abstiene de decretar pruebas. Lo anterior trae como consecuencia 'impedir la debida conducción al proceso de ciertos hechos que resultan indispensables para la solución del asunto jurídico debatido'. Existe defecto fáctico por no valoración del acervo probatorio, cuando el juzgador omite considerar pruebas que obran en el expediente bien sea porque 'no los advierte o simplemente no los tiene en cuenta para efectos de fundamentar la decisión respectiva, y en el caso concreto resulta evidente que de haberse realizado su análisis y valoración, la solución del asunto jurídico debatido variaría sustancialmente.' Hay lugar al defecto fáctico por valoración defectuosa del material probatorio cuando o bien 'el funcionario judicial, en contra de la evidencia probatoria, decide separarse por completo de los hechos debidamente probados y resolver a su arbitrio el asunto jurídico debatido; o cuando a pesar de existir pruebas ilícitas no se abstiene de excluirlas y con base en ellas fundamenta la decisión respectiva' dando paso a un defecto fáctico por no excluir o valorar una prueba obtenida de manera ilícita”.*

⁴³ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-781 de 2011.

pautas constitucionales fijadas como límite a dicho principio, ha señalado la Corte Constitucional que la valoración probatoria que haga el juez en la correspondiente providencia, **debe ser manifiestamente arbitraria** para que merezca su revocatoria en sede tutelar.

1.1.2. Defecto Sustantivo o Material

Esta clase de defecto se refiere ya no a las dimensiones positivas o negativas de los hechos y su demostración al interior del proceso, sino en cuanto a la aplicación de normas sustanciales al proceso o incluso el seguimiento del precedente judicial previamente establecido en la jurisprudencia.

*“Como ha sido perfilado por la jurisprudencia constitucional, se podría configurar un defecto sustantivo siempre que: (i) la decisión cuestionada se funda en una norma indiscutiblemente inaplicable al caso concreto, por ejemplo, ora porque la norma empleada no se ajusta al caso, no se encuentra vigente por haber sido derogada, o ha sido declarada inconstitucional; (ii) a pesar del amplio margen interpretativo que la Constitución le reconoce a las autoridades judiciales, la interpretación o aplicación que se hace de la norma en el caso concreto, desconoce sentencias con efectos erga omnes que han definido su alcance; (iii) cuando se fija el alcance de una norma desatendiendo otras disposiciones aplicables al caso y que son necesarias para efectuar una interpretación sistemática; **(iv) cuando la norma pertinente es inobservada y, por ende, inaplicada;** o finalmente, (v) en el evento en que, no obstante la norma en cuestión está vigente y es constitucional, no se adecúa a la situación fáctica a la cual se aplicó, porque a ésta, por ejemplo, se le reconocen efectos distintos a los expresamente señalados por el legislador.”⁴⁴(Negrilla y subrayado por fuera del texto original).*

Como ya se ha dicho en la presente sentencia, si bien los jueces tienen un amplio marco de discrecionalidad en el ejercicio de la función judicial, dicho marco sirve de límite a ese poder discrecional con la finalidad que no decaiga en la arbitrariedad, por ello los funcionarios judiciales **tienen el deber de aplicar las normas pertinentes a cada caso, atendiendo a una interpretación razonable y objetiva de las mismas**, ya que cuando no se hace de este modo, se incurre en una vía de hecho porque la interpretación *“carece(n) de fundamento objetivo y razonable, por basarse en una interpretación ostensible y abiertamente contraria a la norma jurídica aplicable.”⁴⁵*

Con fundamento en lo anterior, ha manifestado la Corte Constitucional, que se incurre en defecto material y por ende en vía de hecho, cuando los jueces se ciñen a una interpretación incompatible con las circunstancias fácticas que rodean el caso sometido a su estudio.⁴⁶

1.2. Caso Concreto

(...)

Al analizar el asunto que se nos pone de presente, se observa que surtido el proceso en debida forma, la falladora de conocimiento del proceso ejecutivo, ha proferido sentencia en

⁴⁴ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-781 de 2011

⁴⁵ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-962 de 1999, reiterada entre otras por la T-125 de 2012.

⁴⁶ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-125 de 2012.

el sentido de declarar probada la excepción de fondo de prescripción de la acción cambiaria propuesta por la parte demandada.

Se observa en igual sentido, que la juez de conocimiento ha tomado dicha decisión basada en las pruebas que se han puesto a su disposición por ambas partes y que han sido decretadas, en el sentido de tomar como fecha de exigibilidad y de vencimiento de un Pagaré suscrito en blanco, una distinta a la contemplada en el mismo, pues observa que no contrasta con la información contenida en el contrato que le sirvió de base, razón por la cual, fundada en la sana crítica, considera que al momento de diligenciar el título valor, se desconocieron o no se tuvieron en cuenta cabalmente las instrucciones dadas de forma verbal por su suscriptor.

Ahora bien, la falladora dejó de aplicar las normas del Código de Comercio relativas al principio de autonomía de los títulos valores, así como inobservó el artículo 622⁴⁷ del Código de Comercio que faculta a los tenedores legítimos de un título valor, a diligenciarlo conforme a las instrucciones dadas por el suscriptor en caso de existir y en caso de que existir dichas instrucciones, se entiende autorizado para hacerlo de igual forma.

Es pertinente mencionar que en el inciso tercero de la citada norma, se establece que si el título ha sido diligenciado a favor de un tercero de buena fe exenta de culpa, será válido tal como si se hubiese llenado conforme a las instrucciones.

Al hacer un estudio de los documentos extractos del proceso ejecutivo en cuestión, se encuentra que en el mismo se halló probada la calidad de endosatario en propiedad que ostenta el demandante (ejecutante) y no obstante, la juez de conocimiento aduce como sustento de su decisión, que de las pruebas allegadas queda claro que el título reclamado no fue diligenciado conforme a las instrucciones verbales que dio el suscriptor, sin tener en cuenta que las mismas fueron provistas al primer tenedor (endosante) del pagaré, por lo que no se le puede exigir ni inferir un pleno conocimiento de las mismas en cabeza del demandante, pues no se observan pruebas en el expediente que demuestren tal noción.

En este sentido, se observa que en la sentencia acusada se encuentra viciada de defecto fáctico por tomar como cierto que el ejecutante tenía conocimiento de las instrucciones verbales dadas por el suscriptor, así como está viciada igualmente de defecto sustantivo por inobservar e inaplicar el inciso 3º del artículo 622 del Código de Comercio, del cual queda claro que el diligenciamiento hecho en favor de un tercero de buena fe exenta de culpa, se entiende realizado conforme a las instrucciones.

De ahí que considera la Sala que no le asiste razón al a-quo al denegar la protección tutelar, pues la sentencia adolece de defecto fáctico por indebida valoración probatoria, pues la falladora dio por cierto el conocimiento de las instrucciones de diligenciamiento en cabeza del ejecutante (endosatario del pagaré); y de defecto sustantivo al no aplicar una norma claramente aplicable en el caso bajo estudio.

⁴⁷ **CÓDIGO DE COMERCIO. Artículo 622:** Si en el título se dejan espacios en blanco cualquier tenedor legítimo podrá llenarlos, conforme a las instrucciones del suscriptor que los haya dejado, antes de presentar el título para el ejercicio del derecho que en él se incorpora.

Una firma puesta sobre un papel en blanco, entregado por el firmante para convertirlo en un título-valor, dará al tenedor el derecho de llenarlo. Para que el título, una vez completado, pueda hacerse valer contra cualquiera de los que en él han intervenido antes de completarse, deberá ser llenado estrictamente de acuerdo con la autorización dada para ello.

Si un título de esta clase es negociado, después de llenado, a favor de un tenedor de buena fe exenta de culpa, será válido y efectivo para dicho tenedor y éste podrá hacerlo valer como si se hubiera llenado de acuerdo con las autorizaciones dadas.

Por estas razones, se concederá el amparo constitucional en favor del accionante y como consecuencia de ello, se ordenará al juzgado accionado que profiera sentencia conforme a una valoración probatoria y es del caso ejerza los poderes de ordenación probatoria que le confiere el artículo 180 del C de CP.”

FUENTE NORMATIVA: Corte Constitucional, Sentencias: T-464 de 2011, T-781 de 2011, SU-962 de 1999, reiterada entre otras por la T-125 de 2012, Código De Comercio Artículo 622.

FECHA: Agosto 15 de 2013

ACCIONANTE: Erick Leonardo Buelvas Jiménez

ACCIONADO: Juzgado Tercero Civil Municipal De Soledad

RADICACIÓN: 0421/13

DECISIÓN: Revoca decisión de primer grado. Concede amparo constitucional. Ordena al juzgado accionado dejar sin efectos la sentencia atacada.

TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL-Actuación de Juez De Control De Garantías que vulnera el Debido Proceso/Defecto Sustantivo/MEDIDAS CAUTELARES EN PROCESOS DE DERECHOS DE AUTOR-Normatividad aplicable/Procedencia/SUSPENSIÓN DEL PODER DISPOSITIVO SOBRE BIENES SUJETOS A REGISTRO-Presupuestos necesarios para su decreto

MAGISTRADO PONENTE: DR. JORGE ELIÉCER MOLA CAPERA

Causa Fáctica: En el presente caso, el accionante invoca la presunta vulneración a su derecho fundamental al debido proceso, como quiera que el Juez accionado, en audiencia de suspensión de registros obtenidos fraudulentamente celebrada el 27 de mayo de esta anualidad incurrió en una vía de hecho al ordenar la cancelación de la sociedad en comandita simple y de la matrícula mercantil No. 466151, y demás derechos conexos producto de la explotación de derechos de autor.

Extractos: “El derecho de autor está previsto dentro del grupo de los derechos sociales, económicos y culturales, a los cuales el Estado debe protección, tal como lo pregona el artículo 61 de la Constitución Política al comulgar que: “El Estado protegerá la propiedad intelectual por el tiempo y mediante las formalidades que establezca la ley.”

Por ello, se expidió la Ley 44 de 1993 “Por la cual se modifica y adiciona la Ley 23 de 1982 y se modifica la Ley 29 de 1944”, normativa a la cual se suma la Decisión 351 de 1993 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena que contiene el Régimen Común sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos.

Así pues, la Ley 599 de 2000, establece en tres grupos las conductas que constituyen delitos contra los derechos de autor, así: (i) violación a los derechos morales de autor (art. 270); (ii) violación a los derechos patrimoniales de autor y derechos conexos (art. 271); y (iii) violación a los mecanismos de protección de derechos de autor y derechos conexos y otras defraudaciones (art. 272).

Para la efectiva protección de los derechos de autor y considerando la importancia de la propiedad intelectual, el Legislador colombiano ha efectuado principalmente dos vías de protección a través de las acciones judiciales.

1. Acciones penales: su objetivo es reprimir las infracciones al derecho de autor y por eso su regulación se encuentra en el Código Penal, artículos 270 a 272.

2. Acciones civiles: los actores cuentan con una pluralidad de medidas civiles, y el criterio para optar por uno u otro mecanismo judicial varía y se determina por las especificidades de cada caso, las pretensiones en juego y la afectación del derecho de autor, entre otros aspectos. Enunciemos algunos de ellos:

- **Procedimientos cautelares:** existen dos clases de procedimientos cautelares aplicables a los asuntos de derecho de autor: aquellos que se solicitan anunciando demanda, como en el caso de los artículos 244 y 246 de la Ley 23 de 1982, para el secuestro preventivo de toda obra, producción, edición y ejemplares o del producido de la venta y alquiler de tales obras, producciones, edición o ejemplares y del producido de la venta y alquiler de los espectáculos cinematográficos, teatrales, musicales y otros análogos. En el evento del proceso cautelar sin demanda ocurre cuando se solicita la interdicción o suspensión de la obra teatral, musical, cinematográfica y otras semejantes (Artículo 245, Ley 23 de 1982).
- **Procesos ejecutivos:** Es posible formular procesos ejecutivos para el cumplimiento de una prestación relacionada con un acto o un hecho vinculados al derecho de autor o los derechos conexos.
- **Procesos declarativos:** Si en el campo del derecho de autor, se busca la imposición de una condena, la declaración judicial de un derecho existente pero incierto o la constitución de una nueva situación jurídica al adoptarse una declaración, pueden adelantarse procesos declarativos.
- **Medidas provisionales:** Existen dos clases e procedimientos cautelares aplicables a los asuntos de derecho de autor: (i) aquellos que se solicitan anunciando demanda, como en el caso de los artículos 244 y 246 de la Ley 23 de 1982, para el secuestro preventivo de toda obra, producción, edición y ejemplares o del producido de la venta y alquiler de tales obras, producciones, edición o ejemplares y del producido de la venta y alquiler de los espectáculos cinematográficos, teatrales, musicales y otros análogos; (ii) el evento del proceso cautelar sin demanda ocurre cuando se solicita la interdicción o suspensión de la obra teatral, musical, cinematográfica y otras semejantes (Artículo 245 Ley 23 de 1982).

Por otro lado, las medidas en frontera también son consideradas como medidas provisionales para prevenir la infracción del derecho de autor. La autoridad competente podrá suspender provisionalmente la importación, exportación o tránsito de mercancías supuestamente piratas. Estas medidas están contenidas en el Decreto 4540 de 2006.

La Decisión Andina 351 de 1993 establece que:

“Artículo 56.- La autoridad nacional competente, podrá ordenar las medidas cautelares siguientes:

a) El cese inmediato de la actividad ilícita;

b) La incautación, el embargo, decomiso o secuestro preventivo, según corresponda, de los ejemplares producidos con infracción de cualquiera de los derechos recocidos en la presente Decisión.

c) La incautación, embargo, decomiso o secuestro, de los aparatos o medios utilizados para la comisión del ilícito.

Las medidas cautelares no se aplicarán respecto del ejemplar adquirido de buena fe y para el exclusivo uso personal”.

3. Acción Penal: los Fiscales o los Jueces de la República, pueden ordenar la destrucción del material incautado por virtud del artículo 87 de la Ley 906 de 2004, que señala lo siguiente:

“ARTÍCULO 87. DESTRUCCIÓN DEL OBJETO MATERIAL DEL DELITO. En las actuaciones por delitos contra la salud pública, los derechos de autor, falsificación de moneda o las conductas descritas en los artículos 300, 306 y 307 del Código Penal, los bienes que constituyen su objeto material una vez cumplidas las previsiones de este código para la cadena de custodia y establecida su ilegitimidad por informe del perito oficial, serán destruidos por las autoridades de policía judicial en presencia del fiscal y del agente del Ministerio Público”.

Por su parte, el artículo 101 de la Ley 906 de 2004 enseña que:

“...Art. 101. Suspensión y cancelación de registros obtenidos fraudulentamente. En cualquier momento y antes de presentarse la acusación, a petición de la Fiscalía, el Juez de Control de garantías dispondrá la suspensión del poder dispositivo de los bienes sujetos a registro cuando existan motivos fundados para inferir que el título de propiedad fue obtenido fraudulentamente.

En la sentencia... se ordenará la cancelación de los títulos y registros respectivos cuando exista convencimiento más allá de toda duda razonable sobre las circunstancias que originaron la anterior medida.

Lo dispuesto en este artículo también se aplicará respecto de los títulos valores sujetos a esta formalidad y obtenidos fraudulentamente.

Si estuviere acreditado que con base en las calidades jurídicas derivadas de los títulos cancelados se están adelantando procesos ante otras autoridades, se pondrá en conocimiento la decisión de cancelación para que se tomen las medidas correspondientes”. (Subraya fuera de texto).

El artículo 101 *ibídem* se refiere a las medidas cautelares relacionadas con bienes muebles o inmuebles sujetos a registro y por otra parte, el inciso tercero regla el caso de las mismas medidas sobre títulos valores, por consiguiente, *prima facie*, se infiere que estas medidas cautelares dispuestas en el presente artículo no son aplicables al capítulo sobre los delitos contra los derechos de autor.

(...)

En este sentido se tiene que el Juez Noveno Penal Municipal de esta ciudad, en la audiencia del 27 de mayo de 2013, dejó sin efecto los siguientes documentos: (i) inscripción de matrícula mercantil No. 5.387.947-3 con NIT Cámara de Comercio con matrícula No. 165-595 de fecha de registro 16 de diciembre de 1992; (ii) escritura pública de sucesión No. 374 del 18 de agosto de 2009 expedida por la Notaría 9ª del Círculo de Barranquilla; (ii) escritura pública No. 1914 del 20 de agosto de 2009 de la Notaría 9ª del Círculo de

Barranquilla; (iii) la inscripción de la matrícula mercantil NIT. No. 9001-308-315-3 con matrícula No. 57.886; (iv) el registro de enseña o depósito con resolución No. 59886 de fecha 25 de noviembre de 2009 y la cancelación de: (i) la sociedad en comandita simple constituida mediante Escritura Pública No. 1914 del 20 de agosto de 2009 de la Notaría 9ª del Círculo de Barranquilla y (ii) la matrícula mercantil No. 466151 inscrito con el No. 142.765 del Libro IX, del 16 de septiembre de 2008.

Bajo este contexto se infiere que el Juez de Control de Garantías puede ordenar la “suspensión” del poder dispositivo de los bienes sujetos a registro, mientras que el Juez del Conocimiento mediante providencia que ponga fin, si puede ordenar su “cancelación”, al respecto la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia resaltó lo siguiente:

“...Ahora, la ley 906 de 2004, en su artículo 101, como medida cautelar trae la suspensión del poder dispositivo de los bienes sujetos a registro, para sacarlos del comercio, de lo que le asigna competencia al juez de control de garantías, para en el inciso segundo establecer que en la sentencia, y según la corte en otro auto que ponga fin al proceso se ordene su cancelación; lo cual significa que dicha determinación debe adoptarse a través de providencia interlocutoria, debidamente motivada, pues hace tránsito a cosa juzgada en el sentido de que un juez civil o de otra jurisdicción no la podrá modificar.

Como podemos observar legislativamente dicha medida cautelar ha venido evolucionando, hasta el punto de exigirse que para la cancelación de los títulos y registros apócrifos debe existir en un principio una sentencia, que el legislador consideró condenatoria, condición declarada inexecutable mediante fallo C-060 de 2008, la que igualmente agregó otras providencias que ponían fin al proceso penal, entre las que podemos contar la que da aplicación al principio de oportunidad.

Por último, se dirá que, si bien es cierto, que a las víctimas se les debe restablecer en sus derechos, la norma así entendida no atenta contra ello, simplemente está considerando la posibilidad de otros derechos en conflicto, de ahí la necesidad de que sea una providencia definitiva la que anteceda a la cancelación de los títulos y registros obtenidos fraudulentamente, donde se llegue al convencimiento “más allá de toda duda razonable sobre las circunstancias que originaron la anterior medida”, esto es la suspensión del poder dispositivo de los bienes sujetos a registros, que viene a proteger al ofendido, pues saca el bien del comercio, mientras se toma la decisión de fondo...”⁴⁸.

En ese orden de ideas, la Sala avizora que en el caso *sub examine* se cumplen los postulados generales para la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, a saber: (i) es un asunto de relevancia constitucional, toda vez que se ha invocado la vulneración de un derecho fundamental, esto es, el debido proceso; (ii) el actor agotó todos los medios de defensa, pues interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación, los cuales fueron declarados desiertos, porque a juicio del Juez accionado estaban mal sustentados; (iii) la vulneración al derecho al debido proceso del actor, surgió de una actuación contraria al ordenamiento jurídico, toda vez que el Juez de Control de Garantías dejó sin efectos jurídicos las inscripciones de matrícula mercantil, escrituras públicas registros de enseña comercial y además ordenó la cancelación de la sociedad en comandita simple constituida mediante escritura pública 1914 del 20 de agosto de 2009 y la matrícula mercantil No. 466151, cuando en realidad la norma lo faculta sólo para la suspensión del poder dispositivo de los bienes sujetos a registro; (iv) en la presente acción constitucional media el principio de inmediatez, en vista que una vez proferida la decisión

⁴⁸ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, Sentencia del 31 de mayo de 2012, M.P. Dr. Luis Guillermo Salazar Otero.

el actor invocó la acción de tutela; (v) la actuación del Juez accionado fue arbitraria: (i) al ordenar dejar sin efecto unas actuaciones comerciales, y (ii) la cancelación de una sociedad en comandita por acciones y matrícula mercantil, sin facultad legal ni constitucional para ello; (vi) existe una violación notoria y grave del derecho fundamental al debido proceso del accionante, en virtud que dejar sin efecto unos actos comerciales, no es una medida cautelar contemplada en el artículo 101 del Código citado y la cancelación de la sociedad y del registro mercantil es una decisión que sólo es propia de la sentencia o de cualquier otra decisión que ponga fin al proceso.

En virtud de lo anterior, la Colegiatura observa que el Juez accionado incurrió en una vía de hecho, por las siguientes razones: (i) *defecto sustantivo*, porque no existe norma que faculte al Juez de Control de Garantías para dejar sin efecto una actuación comercial e igualmente la cancelación de los títulos y registros obtenidos fraudulentamente no es una medida cautelar en la sistemática de la legislación acusatoria, ello era procedente en la Ley 600 de 2000; (ii) *defecto orgánico*, toda vez que el Juez de Control de Garantías no tiene competencia para ordenar, como medida cautelar, dejar sin efectos actuaciones comerciales y la cancelación de una sociedad ni tampoco de una matrícula mercantil, en vista que el Legislador estableció tal facultad en el Juzgador que emita la sentencia o la decisión que ponga fin al proceso; (iii) *defecto procedimental*, pues actuó ajeno al procedimiento establecido y se desvió de su deber de cumplir con las formas propias del trámite señalado en el artículo 101 del Código de Procedimiento Penal, ocasionando la vulneración al derecho fundamental al debido proceso del actor, ya que incluso, la petición la hizo el apoderado de las víctimas con la coadyuvancia de la Fiscalía, lo que constituye un aspecto sui generis dentro del proceso penal.”

FUENTE NORMATIVA: Ley 23 de 1983, Ley 44 de 1993, Código Penal: artículos 270 a 272, Decisión Andina 351 de 1993 y artículos 87 y 101 del Código de Procedimiento Penal.

ACCIONANTE: Ricardo Alí Pérez Chavéz

ACCIONADO: Juzgado Noveno Penal Municipal Con Función De Control De Garantías

FECHA: Septiembre 18 de 2013

RADICACIÓN: 2013-00343-T-MC

DECISIÓN: Concede amparo constitucional. Declara nulidad de la audiencia celebrada.

SONIA RODRIGUEZ NORIEGA
PRESIDENTE

MARÍA MERCEDES BARRIOS BORRERO
RELATORA

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BARRANQUILLA

BOLETÍN DE RELATORÍA NÚMERO 017 – SEPTIEMBRE DE 2013

ÍNDICE ALFABÉTICO DE JURISPRUDENCIA:

ACCIÓN DE REINTEGRO-Justas causas para dar por terminado el contrato de trabajo de aforados/**HECHOS DELICTIVOS E INMORALES**-Deben estar plenamente demostrados los actos ilícitos cometidos por aforados/Posición jurisprudencial: la responsabilidad del trabajador debe ser subjetiva para que pueda configurarse la justa causa de despido. **Pág. 23**

CESE COLECTIVO DE TRABAJO-Procedencia/Legislación Colombiana/Declaración por parte del máximo órgano sindical/ **HUELGA DE SOLIDARIDAD**- Diferencias con un acompañamiento pasivo de trabajadores. **Pág. 13**

DESPLAZAMIENTO ENTRE CAUSALES DE DIVORCIO-Legislación aplicable/Desarrollo jurisprudencial/**CAUSALES SUBJETIVAS Y OBJETIVAS**-Debe estudiarse en primer término las de carácter subjetivo/Reiteración Jurisprudencial/**ALIMENTOS**-Alcance de la obligación/Deber de suministrarlos en proceso de divorcio. **Pág. 8**

INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL-Se deriva de la falta de cuidado en las obligaciones derivadas en el contrato de cuentacorrente/ **RESPONSABILIDAD CIVIL POR EL PAGO DE CHEQUES FALSOS**- Teoría de la falsedad notoria/**CUENTACORRENTISTA**-Debe asumir las consecuencias dañinas generadas por el hurto o pérdida de sus cheques sino da aviso oportuno a la entidad financiera. **Pág. 5**

PECULADO POR APROPIACIÓN-Materialidad de la conducta/**SERVIDOR PÚBLICO**-Deberes funcionales en caso de custodia de dineros públicos/**TESORERO MUNICIPAL**-Para proceder a la cancelación de salarios debe *poseer o exigir* un registro que soportara el importe del cheque que cobrara en efectivo/Debe seguir protocolo utilizado para pagos a terceros. **Pág. 37**

PROCESO ESPECIAL DE FUERO SINDICAL-Su ejercicio es improcedente respecto de la legalidad o no de la constitución de organizaciones sindicales/ El juez no puede discutir la existencia de una agremiación sindical ya que de hacerlo irrumpe en el ámbito que pertenece a otras acciones judiciales contenciosas/ **ACCIÓN DE REINTEGRO POR FUERO SINDICAL** -el objeto es determinar si el trabajador despedido, desmejorado o trasladado se encontraba aforado, y si su empleador estaba obligado a solicitar la autorización judicial para hacerlo. **Pág. 18**

PRUEBA MIXTA-Doctrinalmente se conoce a la combinación de una prueba directa y una indirecta/ **TESTIGO DE REFERENCIA**-Requisitos/Validez probatoria/ No presencia los hechos, pero conoce de éstos por el relato que hace la víctima/**RETRACTACIÓN**-Testigo evasivo después de haber rendido entrevista ante la policía judicial/Posición de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia/Casos en que es inadmisibles: En la etapa del juicio no genera dudas sobre la ocurrencia del hecho punible. **Pág. 27**

SENTENCIA DE DIVORCIO-Falta de valoración probatoria/Medios de prueba deben valorarse en conjunto/**SANA CRÍTICA, INFERENCIAS RACIONALES Y REGLAS DE LA EXPERIENCIA**-Constituyen herramientas básicas en la apreciación probatoria y la actividad judicial/**PRUEBAS DOCUMENTALES**-Las arrimadas al proceso demuestran fehacientemente los maltratos físicos y psicológicos padecidos por la demandante/**TESTIMONIO**-Valoración y eficacia probatoria. **Pág. 8**

TESTIGO DE CARGO-Credibilidad de su dicho/Respuestas contestes y concordantes con la naturaleza de las circunstancias/**TESTIGO ÚNICO**-Validez Probatoria/Posición de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia/**RECONOCIMIENTO EN FILA DE PERSONAS Y POR MEDIO FOTOGRÁFICO**-Exigencias legales para su práctica y valoración. **Pág. 32**

TUTELA CONTRA DECISIONES JUDICIALES-Relevancia constitucional/Defecto probatorio/Defecto sustantivo o material/**TÍTULOS VALORES EN BLANCO**-Diligenciamiento/El juez se equivoca al dar por sentado las instrucciones verbales en un título valor de este tipo. **Pág. 41**

TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL-Actuación de Juez De Control De Garantías que vulnera el Debido Proceso/Defecto Sustantivo/**MEDIDAS CAUTELARES EN PROCESOS DE DERECHOS DE AUTOR**-Normatividad aplicable/Procedencia/**SUSPENSIÓN DEL PODER DISPOSITIVO SOBRE BIENES SUJETOS A REGISTRO**-Presupuestos necesarios para su decreto. **Pág. 45**