

EL PARENTESCO COMO CAUSAL OBJETIVA, AUTÓNOMA Y SUFICIENTE DE REVOCACIÓN FORZOSA DE LOS NEGOCIOS JURÍDICOS CELEBRADOS DURANTE EL PERÍODO DE SOSPECHA FIJADO POR EL LEGISLADOR

Dr. JUAN JORGE ALMONACID SIERRA

Fecha de recepción: 23 de mayo de 2008 - Fecha de aceptación: 1º de julio de 2008

Resumen

Las instituciones financieras son comerciantes respecto de quienes el legislador desde siempre ha proferido normas especiales que establecen notables diferencias entre la liquidación obligatoria ordenada por la Superintendencia de Sociedades y la liquidación forzosa administrativa decretada por la Superintendencia Financiera, divergencias que se reflejan en las acciones revocatorias de cada uno de estos procesos concursales.

El parentesco es una causal objetiva y autónoma de revocación forzosa de los negocios jurídicos financieros respecto de la que existe libertad probatoria, dado que en el ámbito del derecho comercial la prueba de lazos familiares no requiere la prueba privilegiada del certificado del estado civil, debido a que el debate central en los procesos mercantiles no gira en torno al estado civil de las personas.

Palabras Clave: *Liquidación forzosa administrativa, acción revocatoria, prueba del estado civil, valor probatorio de las informaciones periodísticas.*

Abstract

The legal framework of the bankruptcy in financial institutions whom are under control of the financial regulator has always been regulated for special rules, these are very different from the regulation of bankruptcy in common firms whom are under the supervision of societies regulator. These differences are clear is the revocation action of each.

The kinship is objective reason for compulsory revocation of the financial contracts. It may be proving freely, as in commercial law the evidence doesn't require any formalities. The kinship doesn't have to be proof whit certificate of marital status because it isn't the central debate in this kind of proceeding.

Key Words: *Compulsory bankruptcy, revocation action, proof of the marital status, the probative value of the Journalistic in formations.*

1. LAS ACCIONES REVOCATORIAS INSTAURADAS POR LOS LIQUIDADORES DE LAS INSTITUCIONES FINANCIERAS SON ACCIONES ESPECÍFICAS QUE SE RIGEN POR LAS NORMAS CONTENIDAS EN EL RÉGIMEN LEGAL ESPECIAL DE LA LIQUIDACIÓN FORZOSA ADMINISTRATIVA

Las instituciones financieras son comerciantes especializados, respecto de quienes el Legislador desde siempre se ha preocupado y ocupado de proferir un conjunto de normas especiales que se encuentran compiladas en lo que se conoce como el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (en adelante E.O.S.F.), razón por la cual el proceso de liquidación forzosa administrativa se rige por las disposiciones especiales contenidas en el Capítulo II de la parte Undécima del E.O.S.F. En efecto, el artículo 290 de este estatuto establece que por las disposiciones de esta parte se regirá el proceso liquidatorio de una institución vigilada por

la Superintendencia Bancaria, hoy Superintendencia Financiera; y en concordancia con lo anterior, el numeral 2º del artículo 293 del E.O.S.F. expresamente dispone que los procesos de liquidación forzosa administrativa de entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera se rigen en primer término por sus disposiciones especiales¹.

Dentro del régimen legal especial de la liquidación forzosa administrativa, el Legislador expresamente incluyó una reglamentación detallada en relación con las acciones revocatorias que se encuentra consignada en el numeral 7º del artículo 301 del E.O.S.F., numeral que es el fundamento normativo sustancial para el ejercicio de las acciones revocatorias por parte de los liquidadores de las instituciones financieras sometidas al proceso concursal conocido como liquidación forzosa administrativa.

Por tanto, el Código de Comercio y la Ley 222 de 1995 no resulta aplicable a estos casos debido a que, no obstante las escasas semejanzas que existen entre la liquidación obligatoria ordenada por la Superintendencia de Sociedades regulada en el Capítulo III de la Ley 222 de 1995 (artículos 149 al 225) y la liquidación forzosa administrativa ordenada por la Superintendencia Financiera regulada en el Capítulo III de la Undécima parte del E.O.S.F. (artículos 293 al 302), el Legislador fijó notables diferencias entre estas dos clases de procesos concursales, que para efectos de este artículo basta con resaltar a continuación las relacionadas con las acciones revocatorias:

DIFERENCIAS ENTRE LAS ACCIONES REVOCATORIAS

CONCEPTO DE COMPARACIÓN	COMERCIANTES COMUNES U ORDINARIOS	INSTITUCIONES FINANCIERAS
Fuente Normativa	Artículos del 183 al 191 de la Sección VIII del Capítulo III de la Ley 222 de 1995.	Numeral 7 del artículo 301 del Capítulo III de la undécima parte del E.O.S.F.
Denominación del Sujeto	El deudor.	La entidad intervenida.
Legitimidad Activa	La Superintendencia de Sociedades, el Liquidador, o cualquier acreedor reconocido.	Únicamente el Liquidador.
Período de Sospecha	Diferenciado dependiendo del tipo de acto a revocar (6, 12 y 24 meses).	Unificado independientemente del acto a revocar (18 meses*).
Término para presentar la demanda	Dentro del año (1) siguiente a la fecha en que quede en firme la graduación y calificación de créditos.	Dentro de los tres (3) años siguientes a la fecha de expedición de la providencia que decreta la toma de posesión.
Recompensa	El 10% del valor o beneficio que reporte la acción, derecho que debe ser reconocido en la sentencia al acreedor que inicie el proceso y le prospere total o parcialmente.	No se reconoce recompensas.
Medidas Cautelares	El Juez de oficio o a petición de parte, sin necesidad de caución, está autorizado para decretar medidas cautelares especiales.	No se contemplan medidas cautelares especiales.
Alcance de la Sentencia	La ley señala en forma expresa las medidas que deben ordenarse en la sentencia y los efectos de la misma respecto del demandado vencido y sus causahabientes diferenciando si son de buena o mala fe.	No se determinan en forma expresa los alcances de la sentencia.
Juez Competente	Juez Civil del Circuito Especializado si lo hubiere o Juez Civil del Circuito del domicilio del deudor.	Únicamente el Juez Civil del Circuito del domicilio de la intervenida.

¹ Para un análisis detallado del proceso de liquidación forzosa administrativa puede consultarse nuestro libro Liquidación Forzosa Administrativa y Toma de Posesión de Instituciones Financieras, Legis S.A.

Clase de Proceso	Trámite Especial: proceso verbal de mayor y menor cuantía.	No se determina en forma expresa un trámite especial, por tanto debe cursar por el proceso ordinario.
Prelación o Preferencia	El Juez y el Tribunal deben dar prelación a estos procesos so pena de incurrir en mala conducta.	No goza de ningún tipo de prelación o preferencia respecto de los demás procesos.
Actos susceptibles de revocatoria	Extinción de las obligaciones. Daciones en pago. Actos de disposición. Constitución o cancelación de gravámenes. Limitación o desmembración del dominio de bienes del deudor. Actos que a títulos gratuitos. Reformas Estatutarias. Liquidaciones sociales voluntarias. Ventas con pacto de recompra. Contratos de arrendamiento Financiero.	Pagos o daciones en pago de deudas no exigibles. Los actos jurídicos celebrados con los parientes. Reformas Estatutarias. Las cauciones que haya constituido la entidad con posterioridad a la cesación en los pagos, cuando haya sido esta la causal de toma de posesión. Actos de disposición o administración realizados en menoscabo de los acreedores, cuando el tercer beneficiario de dicho acto no haya actuado con buena fe exenta de culpa.** Actos a título gratuito.

* Antes de la reforma introducida por la Ley 510 de 1999 este término era de 6 meses.

** Esta clase de acto susceptible de revocatoria tenía el siguiente tenor: (...) Los actos de disposición y administración, cuando se probare cualquier connivencia entre las partes, consumada en menoscabo de los acreedores.

Del cuadro anterior se puede concluir que no obstante que comparten el mismo nombre, las acciones revocatorias reguladas en la Ley 222 de 1995 son diferentes de las previstas en el E.O.S.F., y que las acciones revocatorias relacionadas con las entidades intervenidas por la Superintendencia Bancaria, por hacer parte del régimen de liquidación forzosa administrativa de las instituciones financieras, se rigen por las disposiciones especiales establecidas en el E.O.S.F., artículos 115-117, 290-302, modificado por la Ley 510 de 1999 y reglamentada por el Decreto 2418 de 1999 y demás normas que modifiquen, adicionen o sustituyan, dentro de las cuales cabe resaltar el Decreto 2211 de 2004 que derogó el Decreto 2418 de 1999.

2. NOCIÓN DE ACCIÓN REVOCATORIA

Estas acciones son un esquema jurídico o mecanismo concreto previsto por el legislador para obtener la revocatoria de los actos realizados en perjuicio de los acreedores por la institución financiera deudora intervenida por la Superintendencia Financiera, con fines liquidatorios, con el propósito de restituir o devolver a la masa de la liquidación los activos que salieron de manera irregular antes de iniciarse el proceso concursal.

Según la consagración de las acciones revocatorias que se plasma en el numeral 7º del artículo 301 del E.O.S.F., se puede concluir que se trata de medidas reconstitutivas del patrimonio, consagradas básicamente y como su denominación lo indica, como mecanismos jurídicos para reintegrar al patrimonio de la institución financiera deudora intervenida aquellos bienes que han salido del mismo bajo determinadas circunstancias establecidas por la ley.

3. PRESUPUESTOS GENERALES DE LA ACCIÓN REVOCATORIA EN LOS PROCESOS DE LIQUIDACIÓN FORZOSA ADMINISTRATIVA DE INSTITUCIONES FINANCIERAS

En los procesos de liquidación forzosa administrativa de instituciones financieras es procedente la acción revocatoria cuando se dan los siguientes presupuestos generales:

3.1. La existencia de una institución financiera sometida a proceso de liquidación forzosa administrativa.

La acción revocatoria prevista en el numeral 7º del artículo 301 del E.O.S.F. procede en los casos de instituciones financieras respecto de las cuales la Superintendencia Financiera haya dispuesto la toma de posesión inmediata de los bienes, haberes y negocios con fines liquidatorios.

3.2. La realización de los actos revocables dentro del período de sospecha determinado por la ley.

El legislador ha establecido que son revocarles aquellos actos que se hayan realizado dentro un determinado lapso, esto es, un término previo a la fecha de la toma de posesión previsto en la ley. Así, para las acciones revocatorias ejercidas respecto de la liquidación forzosa administrativa de una institución financiera, el legislador en el E.O.S.F. tiene establecido actualmente un período de dieciocho (18) meses anteriores a la fecha del acto administrativo que ordena la toma de posesión de la institución financiera.

3.3. No encontrarse la acción prescrita.

La ley se encarga de establecer un término dentro del cual se puede intentar la acción revocatoria, señalando que este tipo de acción debe interponerse dentro de los tres (3) años siguientes a la fecha de expedición de la providencia que decretó la toma de posesión (parágrafo del numeral 7º del artículo 301 del E.O.S.F.).

3.4. Que la acción revocatoria se interponga por el liquidador.

En el proceso de liquidación forzosa administrativa de las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera la legitimidad activa para interponer las acciones revocatorias expresamente está radicada en el Liquidador de la entidad intervenida, como lo establece el numeral 7º del artículo 301 del E.O.S.F.

3.5. La insuficiencia de los activos de la entidad financiera intervenida para pagar la totalidad de los créditos reconocidos.

Para que prospere la acción revocatoria de los actos del deudor, se requiere que exista insuficiencia de los activos de la entidad financiera intervenida para pagar la totalidad de los créditos reconocidos (numeral 7º del artículo 301).

3.6. Beneficiarios de la acción revocatoria.

Según la consagración de las acciones revocatorias prevista en el numeral 7º del artículo 301 del E.O.S.F., se concluye que el legislador reconoce a la sentencia de reintegración que se profiriera en una acción revocatoria efectos generales respecto de toda la masa de acreedores, dado que los bienes que se restituyan, como consecuencia de la acción, ingresan a la masa de la liquidación en beneficio de todos ellos.

4. ACTOS SUSCEPTIBLES DE REVOCACIÓN

El legislador ha establecido taxativamente la posibilidad de revocar ciertos actos efectuados por la institución financiera intervenida, efectuados con anterioridad a la toma de

posesión, que directa o indirectamente hayan afectado la prenda general de los acreedores o transgredido el privilegio de exclusión de la “no masa”, la prelación en el pago o la condición de igualdad frente a otros acreedores homólogos. Los siguientes son los actos susceptibles de revocación previstos en el numeral 7º del artículo 301 del E.O.S.F.: pagos o daciones en pago de deudas no exigibles; actos jurídicos celebrados con los parientes; reformas estatutarias; cauciones que haya constituido la entidad con posterioridad a la cesación en los pagos, cuando haya sido esta la causal de toma de posesión; actos de disposición o administración realizados en menoscabo de los acreedores; y actos a título gratuito.

5. EL PARENTESCO COMO CAUSAL OBJETIVA, AUTÓNOMA Y SUFICIENTE DE REVOCACIÓN FORZOSA DE LOS NEGOCIOS JURÍDICOS

El literal b) del numeral 7º del artículo 301 del E.O.S.F. regula, en los siguientes términos, la causal de revocación relacionada con los actos jurídicos celebrados entre parientes:

“Artículo 301.- OTRAS DISPOSICIONES. (...) 7. Acciones revocatorias. Cuando los activos de la entidad intervenida sean insuficientes para pagar la totalidad de créditos reconocidos, podrá impetrarse por el liquidador la revocatoria de los siguientes actos realizados dentro de los seis (6) meses anteriores a la fecha de la providencia que ordene la toma de posesión: (...) b. **Los actos jurídicos celebrados con los parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil de los directores, administradores, asesores y revisor fiscal**, o con algunos de sus consocios en sociedad distinta de la anónima, o con sociedad colectiva, limitada, en comandita o de hecho, en que aquellos fueren socios; (...) (Resaltado fuera de texto).

5.1. Elementos para la configuración del acto.

Para la configuración de la revocatoria de los actos jurídicos celebrados entre parientes, además de los presupuestos generales resaltados anteriormente, es necesario tener en cuenta los elementos que se señalan a continuación así como sus respectivas fuentes legales.

5.1.1. Valoración de la conducta.

A la luz de lo expresamente señalado en este artículo, cabe anotar que el legislador respecto de este acto no exige como requisito para su configuración, la valoración y calificación de la conducta de la institución financiera intervenida deudora ni la del acreedor beneficiado con los actos jurídicos celebrados entre parientes.

A diferencia de los actos de disposición previstos en el literal e) del numeral 7º del artículo 301 del E.O.S.F. en los que el examen de la conducta de las partes se desarrolla por medio del estudio de la connivencia entre las mismas, en el caso de los actos jurídicos celebrados entre parientes previstos en el literal b) del aludido numeral, el legislador de forma expresa no contempló respecto de este acto como un requisito para su configuración, la valoración y calificación de la conducta entre las partes que participaron en el acto cuya revocatoria se solicita.

Como se puede observar, los nexos filiales trascienden como un hecho que incide en la adecuación típica de esta causal de revocación forzosa de los negocios jurídicos, de ahí la importancia de examinar los presupuestos sustanciales y procesales conexos al parentesco, en especial lo relacionado con la acreditación o prueba de la calidad de “pariente” sobre la que se estructura este tipo de causas.

6. LÍNEA JURISPRUDENCIAL SOBRE LA PRUEBA DEL ESTADO CIVIL

El artículo 1º del Decreto 1270 de 1970 define el estado civil de una persona como la situación jurídica en la familia y la sociedad que determina su capacidad para ejercer ciertos derechos y contraer ciertas obligaciones. Por su parte, mientras que el artículo 5º del mismo decreto exige que los hechos y los actos relativos al estado civil de las personas deben ser inscritos con indicación del folio y el lugar del respectivo registro; los artículos 105 y 106 del Decreto 1270 expresamente disponen que los hechos y los actos relacionados con el estado civil de las personas se acreditarán con copia de la correspondiente partida o folio o con certificados expedidos con base en los mismos y que ninguno de los hechos, actos y providencias relativos al estado civil sujetos a registro hacen fe en proceso ni ante ninguna autoridad si no ha sido inscrito o registrado en la respectiva oficina.

Sin embargo, estas normas no son absolutas ya que la Corte Suprema de Justicia ha reconocido algunas excepciones en las cuales el estado civil como los hechos y actos relacionados con el mismo, se pueden demostrar válidamente a través de medios distintos a los certificados del registro civil.

6.1. Prueba del estado civil en el derecho de familia.

La Corte Suprema de Justicia, incluso en el exigente campo del derecho de familia, ha resaltado algunas excepciones en las cuales el estado civil se puede acreditar válidamente a través de medios distintos a los certificados del registro civil. Una de estas excepciones son las denominadas pruebas supletorias del estado civil, conformadas por las partidas eclesiásticas, que conservan todo su valor respecto de personas nacidas con anterioridad a la Ley 92 de 1938.

La segunda salvedad está relacionada con la declaratoria de filiación extramatrimonial, en la cual, al aceptar los testimonios como pruebas conducentes para demostrar el estado civil de las personas, categóricamente la Corte advirtió que el Juez no debe utilizar un criterio de excesivo rigor que imposibilite la demostración de la paternidad:

“(…) al igual que en materia matrimonial o de filiación legítima, el concepto de ‘... posesión ...’ aplicable al estado civil y en particular al que emerge de la filiación extramatrimonial, denota, por definición, *una situación muy peculiar resultante de hechos concluyentes en punto de crear una **apariencia jurídica*** que, en cuanto tal, sirve para establecer la realidad de la que ella se ofrece como reflejo; de aquí que se diga en nuestro medio, de acuerdo con el texto del artículo 6º de la Ley 45 de 1936, *que la posesión de estado en estos casos consiste en el **concepto público** en el que es tenido un hijo con relación a su padre natural, cuando esta especie de **fama pública** se ha formado en razón de actos directos de este último* que legalmente pueden tenerse como demostrativos de un verdadero reconocimiento, o lo que a esto equivale, basada aquella en comportamientos que, sustituyendo las sabias solemnidades de un reconocimiento formal de la filiación, signifiquen exclusiva e inequívocamente, ante terceros, que los vínculos de hecho existentes entre el presunto padre y el reputado hijo fueron iniciados y continuados por el primero en mérito del nexo paterno-filial que los une, haciéndose así ostensible, sin ambigüedades, una conducta que no pueda explicarse sino por la condición de padre que respecto del hijo tenga quien la ha practicado. (...) Fuera de lo dicho, es preciso poner de presente que si bien la doctrina de la Corte ha venido sosteniendo que el fallador, *en la ponderación de la prueba de estas causas de investigación de la paternidad natural, **no debe hacerlo con un criterio de excesivo rigor que haga imposible su demostración***, igualmente ha afirmado que en la evaluación de los medios de convicción tampoco puede

situarse en el extremo contrario, porque no se puede desconocer o subestimar que está de por medio la definición, con certeza, de un estado civil, respecto del cual la legislación impone que aparezca de manera indubitable. De ahí, por ejemplo, que la jurisprudencia venga sosteniendo que “como el tiempo se encarga de sacar el balance consolidado de los hechos sociales, la posesión del estado de hijo natural es prueba excepcionalmente de tal estado, desde luego que extraña una confesión espontánea, reflexiva e insistentemente reiterada de la paternidad. Mas, por la gravedad misma que el estado civil de las personas encierra, el legislador colombiano se ha preocupado siempre porque la demostración de la posesión notoria esté presidida por un criterio, no de simple probabilidad, sino de certidumbre...” (LXXVI, 635 y LXXX, 298). Sentencia del 15 de mayo de 1995, M.P. NICOLÁS BECHARA SIMANCAS, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Expediente N° 4488. G.J.T. CLXXII, páginas 169 y 170, Casación Civil de 29 de junio de 1989, CXVI, páginas 197 a 198. (Resaltado fuera de texto).

Otra precisión substancial sobre esta materia es el llamado de atención que hace la Corte Suprema de Justicia para no confundir la maternidad con la paternidad y la prohibición de limitar los medios probatorios para establecer la maternidad a través de la exigencia del registro civil de nacimiento como única prueba admisible para acreditar esa condición, la fecha del parto, el nombre o la edad de las personas, pues aun cuando nadie discute que esta es la prueba más sencilla y de gran poder de convicción al respecto, debe convenirse que para establecer el hecho de si una mujer es la verdadera madre del hijo que pasa por suyo o el hecho de en qué momento ocurrió el parto, que son sucesos o episodios de la vida diaria de ocurrencia normal y frecuente, bien puede admitirse medios persuasivos diversos que lleven al Juez al convencimiento de su ocurrencia, porque ahí estriba precisamente la diferencia entre la maternidad y la paternidad; ya que mientras que aquella puede establecerse fácilmente porque el parto, que es el hecho que la constituye, es apreciable y tangible; el engendramiento, que es el hecho que constituye la paternidad, no puede probarse directamente, y por el ello el legislador se vio urgido a recurrir a las presunciones, hecho que gracias a los avances tecnológicos contemporáneos actualmente se puede probar mediante la prueba pericial técnica de ADN.

Esta precisión tiene sustento en la antigua amonestación de la Corte de no olvidar que una cosa es el estado civil y otra muy distinta los hechos o actos constitutivos del mismo, distinción que obliga a no perder de vista que por disposición expresa el primero sólo puede acreditarse hoy mediante la copia o certificado del registro civil, pero que cuando ya no se trata de probar el estado civil propiamente dicho, sino los hechos constitutivos del mismo, se abren paso medios probatorios como el testimonio o la confesión para acreditar, por ejemplo, si una mujer dio a luz a una determinada persona².

6.2. Prueba del estado civil en el derecho civil.

La Corte Suprema de Justicia también ha resaltado que la formalidad del registro se exige cuando el tema central del debate gira en torno de un verdadero “estado civil”, el cual no se debe confundir, por ejemplo, con la calidad de “heredero” que bien puede probarse con el testamento siempre que se acredite la aceptación expresa o tácita de la herencia:

“El título de heredero no constituye un estado civil: no determina para el asignatario a título universal una especial situación en su familia o frente a la sociedad. No siendo constitutivo de dicho estado no requiere ser registrado en los libros de registro civil,

² Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 6 de abril de 1995, M.P. Rafael Romero Sierra, Expediente N° 4421.

como sí está imperado para todos los demás hechos o actos que constituyen, declaren o modifiquen el estado civil de las personas. **No puede, pues, confundirse el título de heredero con el estado civil** que en ocasiones, es la fuente del llamamiento a suceder a un difunto". Sentencia del 26 de agosto de 1976, M.P. Germán Giraldo Zuluaga. (Resaltado fuera de texto).

Por su parte, Jairo Parra Quijano destaca que no debe confundirse la prueba del "estado civil" de una persona con la prueba de la "familiaridad", pues si se inicia un proceso de divorcio indudablemente hay que allegar el registro civil del matrimonio para acreditar el estado civil de casados de las partes; mientras que dentro de un proceso de simulación en el que se ataca una compraventa, la familiaridad entre los ficticios comprador y vendedor puede probarse, por ejemplo, por medio de la confesión, tal y como lo ha aceptado la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, doctrina que bien puede extenderse y resulta plenamente aplicable al caso de las acciones revocatorias, en las que tampoco debe confundirse la prueba del "estado civil" de una persona con la prueba de la calidad de "pariente", cuyas voces sinónimas son "familiar", "emparentado", "allegado", "vinculado" o "relacionado".

"Ciertamente, como con propiedad lo expresa el opositor en casación, el estado civil está sujeto a una prueba específica que no es, en efecto, la confesión. *Pero una cosa es probar el estado civil y otra una relación de la cual se puede inferir la seguridad que suele buscarse para celebrar negocios simulados*, en que debe existir en el ánimo de los celebrantes mucha confianza. *Quizás podría decirse, entonces, que la confesión no prueba el estado civil pero sí la familiaridad, que en últimas es la que constituye el indicio de la simulación*". Sentencia del 26 de abril de 1983, M.P. Jorge Salcedo Segura, citada por Parra, 428, 2002.

6.3. Prueba del estado civil en materia penal.

Desde antaño, la Corte Suprema de Justicia igualmente ha destacado que dentro del proceso penal la prueba del estado civil de las personas no puede ser tan rigurosa porque dicha prueba no se exige para poder contraer determinadas obligaciones o ejercitar ciertos derechos, sino para acreditar hechos que en razón a las vinculaciones familiares aparejan e imponen deberes entre los parientes o allegados.

Esta interpretación responde al hecho de que en los delitos el estado civil no es el bien jurídico materia de amparo y los lazos familiares entre la víctima y el victimario trascienden únicamente como un hecho que incide en la adecuación típica y en la gravedad de las consecuencias punitivas. De ahí que en materia penal basta con demostrar el parentesco por medios comunes, distintos de los que exige la ley civil, pues la efectividad de la tutela de la vida, la familia, la libertad y el pudor sexual, como bienes protegidos por la ley penal, se debe garantizar con independencia de que haya operado el registro de hechos o actos relevantes para el estado civil en las oficinas notariales o de que no se cuente en autos, por ejemplo, con un registro civil de defunción³.

7. PRUEBA DEL ESTADO CIVIL EN EL ÁMBITO DEL DERECHO COMERCIAL

Siguiendo las tendencias jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia en relación con la prueba del estado civil de las personas, forzoso es concluir que en materia comercial tampoco se requiere una prueba privilegiada, y por ende el fallador, al ponderar las pruebas

³ Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 20 de febrero de 1996, M.P. Juan Manuel Torres Fresneda, Proceso N° 11291.

que obran en el expediente, debe abstenerse de aplicar un criterio de excesivo rigor que haga imposible la demostración de los lazos familiares de los comerciantes, puesto que el debate central en los procesos mercantiles no gira en torno al estado civil de las personas, por no estar, por obvias razones, dentro del ámbito de aplicación de la ley mercantil.

En efecto, si se repasa el Código del Comercio y el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (E.O.S.F.), fácilmente se puede constatar que cuando el legislador aborda la temática del parentesco, no lo hace con el fin de determinar una especial situación en la familia o frente a la sociedad que faculte a los comerciantes para ejercer o contraer ciertos derechos u obligaciones, sino para proteger únicamente los derechos de terceros limitando o restringiendo la libertad de los comerciantes. Prueba de ello es que en estas normas el nexo filial de las personas no es el bien jurídico materia de amparo, puesto que el parentesco está regulado únicamente como un hecho que incide en la configuración de las inhabilidades del revisor fiscal y de los contralores; incompatibilidades de ciertas instituciones financieras y de los fondos comunes de inversión; prohibiciones a los miembros de las juntas directivas; limitaciones de las operaciones activas de crédito y los agregados comerciales; y causales de revocatoria de actos realizados por el comerciante fallido, dentro del período de sospecha⁴.

7.1. Libertad probatoria para acreditar el parentesco y/o la familiaridad en las acciones revocatorias.

Conforme a lo expuesto, no existe ninguna dificultad para que el principio de la libertad de los medios de prueba para acreditar el parentesco aceptado profusamente en el campo penal, consecuentemente tenga plena aplicación en las causas en las que se debata la revocatoria forzosa de negocios jurídicos, pues es evidente que en estos casos se está frente a un típico *cuasidelito* originado, como mínimo, en la culpa, negligencia o descuido presente en contratos ilícitos que, por regla general, reportan ventajas exclusivamente para el acreedor que participa en el negocio susceptible de revocatoria y que por ende ocasiona un perjuicio a los demás acreedores del comerciante concursado, quienes injustamente deben soportar la disminución de la prenda general de las acreencias.

En el caso de las acciones revocatorias, el principio legal de la libertad de prueba también tiene plena vigencia, ya que la efectividad de la tutela del Derecho Fundamental de la igualdad en su versión de *par conditio creditorum* protegido por la Constitución y las leyes concursales, se debe garantizar con independencia de que se encuentren en autos registros civiles que acrediten las relaciones de parentesco entre los comerciantes que realizaron negocios jurídicos en el período de sospecha fijado por la ley, pues en estos casos el nexo filial y/o la familiaridad pueden ser demostrados válidamente por cualquier medio probatorio señalado y/o aceptado por el Código de Procedimiento Civil (C.P.C.) sin sujeciones al rigorismo que exige la ley para los asuntos estrictamente relacionados con la determinación del estado civil de las personas, siempre y cuando que los medios de convicción que obran en el expediente, luego de ser valorados en su conjunto, le proporcionen al fallador la certidumbre respecto de los lazos familiares que se censuran en las acciones revocatorias.

Al respecto, no sobra advertir que la Corte Suprema de Justicia ha reconocido el principio de la libertad de prueba en el proceso de simulación, que al igual que las acciones revocatorias, está establecido en defensa de los intereses de los terceros o las partes

⁴ Ver artículos 205 y 435 del Código del Comercio; artículos 107 y 146 de la Ley 222 de 1995, artículos 77, 122, 156 - 1º, 283-4-e) y 301-7-b) del E.O.S.F.

afectadas por el acto aparente, a quienes para desenmascarar tal anomalía se les garantiza la libertad de acudir a toda clase de medios de prueba, dada la audacia con que los contratantes suelen actuar para disfrazar el acto, libertad que sin duda alguna puede predicarse válida y legítimamente en relación con la acción pauliana concursal por su innegable cercanía conceptual con la acción de simulación⁵.

Por consiguiente, nada se opone a que en desarrollo del principio legal de la libertad de prueba en la denominada acción pauliana concursal, inclusive la prueba indiciaria es un medio de convicción idóneo, adecuado y útil para acreditar los nexos familiares que se reprochan en estas acciones, ya que, al igual que en otros casos aceptados por la Corte Suprema de Justicia, en muchos eventos esta es la única vía para satisfacer la carga probatoria y suplir la dificultad de obtención de la prueba privilegiada del estado civil de las personas.

“Por contraste, dado el sigilo en que están empeñados, procuran que la luz no invada lo secreto, no dejar huella de su intención, abocando a los terceros a una prueba de difícil obtención, con tintes de proeza. *De ahí, que acudan, lo más, a la prueba indiciaria como única vía para satisfacer la carga probatoria que de cualquier manera pesa sobre sus hombros*; verdaderamente, con todo y que son terceros, están en el deber de aducir la prueba con que pretenden infirmar lo que se presume: la seriedad y sinceridad con que se conducen los sujetos de derecho. Necesidades de interés social así lo reclaman”. Sentencia 11 de junio de 1991, Rafael Romero Sierra. Jurisprudencia y Doctrina, Tomo 20 N° 236, agosto de 1991, página 651. (Resaltado fuera de texto).

7.2. Alcance y eficacia probatoria de la prensa escrita para acreditar el parentesco y/o la familiaridad de destacadas personalidades empresariales.

De acuerdo con la más reciente doctrina española sobre el valor probatorio de las informaciones periodísticas, cabe resaltar que si bien es cierto que en principio *«una noticia inserta en una publicación periodística no comporta sino una determinada percepción de una realidad externa que es percibida y trasladada por el profesional que en ella interviene»*, en determinados supuestos, de forma individualizada y caso por caso, pueden darse por acreditados datos recogidos por los medios de comunicación social cuando reflejan hechos incontrastados de conocimiento general o declaraciones de y sobre personalidades u organizaciones políticas que no han sido desmentidas ni cuestionadas en el proceso. Igualmente, conviene aclarar que los datos de juicio que pueden ser obtenidos de esta clase de publicaciones derivan estrictamente de aquellos contenidos que de modo objetivo son introducidos por el profesional, lo que de por sí excluye de valor probatorio a cualesquier juicio de valor incluido en la publicación.

Así mismo, es importante resaltar que *«son dos los elementos que permiten conceder virtualidad probatoria a las informaciones periodísticas: su aportación en el proceso por la parte actora y la falta de cuestionamiento por la demandada en el proceso»* que viene a equivaler a su admisión tácita, resultando innecesario el carácter extendido o masivo de los contenidos noticiosos, aquiescencia que adquiere mayor relevancia cuando además de guardar silencio se utiliza el mismo medio de prueba empleado por el adversario procesal. De ahí que se acepte que la información periodística proporciona por lo menos un principio

⁵ Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 15 de febrero del 2000, M.P. Carlos L. Jaramillo. Exp. 5438.

de prueba que, si no es desmentida o cuestionada en las oportunidades previstas en la ley, pasa a surtir plenos efectos probatorios.

Respecto de la pertinencia y utilización de informaciones periodísticas como medios de prueba se ha descartado cualquier infracción constitucional, no sólo por estimar que se trata de un elemento probatorio idóneo para acreditar y dar certeza sobre las conductas y actividades de personalidades u organizaciones políticas, sino porque la Ley de Enjuiciamiento de ese país no contiene una lista tasada o completamente cerrada de los medios de prueba legítimos, ya que por el contrario en dicha ley se admite también la presencia de cualesquiera otros que pudieran conformar el juicio de los Jueces o Tribunales, debido a que en cuanto a los medios de prueba se optó por un sistema de *numerus apertus*.

Desde este punto de vista se ha concluido que no existe ningún impedimento para utilizar las informaciones periodísticas como medio de prueba, aun si no se las considerara prueba documental o, en su caso, testifical, sino que se les otorgase naturaleza propia, pues para considerar medio de prueba lo publicado en un periódico basta que sea hábil o apto para satisfacer la finalidad fijada en el artículo 299.3 LEC: dar “*certeza sobre hechos relevantes*”⁶.

En el campo del derecho de la competencia la doctrina venezolana también se ha ocupado de examinar el valor probatorio de las copias y originales del material informativo de los diarios, videos, e incluso de los CD Rom y las páginas web, con base en la sentencia del 15 de marzo de 2000 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de ese país, en la que se reconoció que con el auge de la comunicación escrita, mediante periódicos o por vías audiovisuales, en el mundo actual se ha generado la presencia de un hecho distinto al “*hecho notorio*”, conocido como el “*hecho publicitario*”, que en principio puede o no ser cierto, pero que cuya certeza se consolida cuando el hecho no es desmentido a pesar que ocupa un espacio reiterado y uniforme en los medios de comunicación social en los que se publicita como cierto, afianzamiento que se concreta cuando concurren los siguientes requisitos: 1) que se trate de un hecho, no de una opinión o un testimonio, sino de un evento reseñado por el medio como noticia; 2) que su difusión sea simultánea por varios medios de comunicación social escritos, audiovisuales o radiales; 3) que el hecho no resulte sujeto a rectificaciones, a dudas sobre su existencia, a presunciones sobre la falsedad del mismo, que surjan de los mismos medios que lo comunican, o de otros; 4) que los hechos sean contemporáneos para la fecha del juicio o la sentencia que los tomará en cuenta.

En los procesos que se ventilan ante la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia del país vecino, se ha sostenido que el anterior criterio jurisprudencial es vinculante por mandato constitucional y por tanto, la información que no cumpla con los cuatro caracteres mencionados se debe considerar solamente como hechos referenciales con valor de simples indicios, valor que se le ha atribuido especialmente a los documentos extraídos de las páginas web porque según esa Superintendencia no pueden ser considerados documentos públicos o privados ni reconocidos o tenidos legalmente por reconocido⁷.

Al igual que la Ley de Enjuiciamiento Civil de España, el artículo 175 del C.P.C. colombiano no contiene una lista cerrada de los medios de prueba legítimos, pues además

⁶ España, Sentencias del 27 de marzo de 2003 y 26 de marzo de 2005 del Tribunal Supremo y del 16 de enero de 2004 del Tribunal Constitucional de España.

⁷ Venezuela, Resolución N° SPPLC/0021–2002 del 06 de agosto de 2002 de la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia de la República Bolivariana de Venezuela.

de los siete (7) medios que se enuncian en dicha norma, por expreso mandato legal sirve como prueba cualquier otro que sea *“útil para la formación del convencimiento del juez”*, quien está facultado para practicar las pruebas no previstas en el Código de acuerdo con las disposiciones que regulen medios semejantes o conforme a su prudente juicio.

El Consejo de Estado colombiano concluyó que si bien es cierto que las informaciones publicadas en diarios no puede ser considerada dentro de un proceso como una prueba testimonial por carecer de los requisitos esenciales que identifican ese medio probatorio, en particular porque no son suministradas ante un funcionario judicial, no son rendidos bajo la solemnidad del juramento y el comunicador no da cuenta de la razón de la ciencia de su dicho por tener derecho a reservarse sus fuentes; *“los artículos de prensa pueden ser apreciados como prueba documental que da certeza de la existencia de las informaciones”*, aunque no necesariamente de la veracidad de su contenido, publicaciones que pueden ser consideradas como pruebas documentales que demuestran el interés de los redactores de los diarios en un tema específico y que pueden dar cuenta de *“hechos notorios”*⁸.

En el campo del derecho de la competencia colombiano es conocido el caso que por propaganda y publicidad desleal inició Frisby Ltda. contra Pinky S.A. en el que las conductas denunciadas se ejecutaron a través de una profusa difusión en emisoras y periódicos regionales que consecuentemente fueron aportados al expediente y estudiados en conjunto con las demás pruebas practicadas en las dos instancias y en el recurso de casación que desató el único cargo formulado consistente en el quebranto indirecto de algunas normas del Código de Comercio a consecuencia de los evidentes errores fácticos cometidos en la apreciación de la demanda y su respuesta, y de las pruebas. En este caso, aunque las autoridades judiciales plantearon argumentos encontrados respecto de la interpretación del contenido de la información de los anuncios publicados, existió un consenso unánime y tácito sobre la viabilidad de tener a los periódicos como pruebas comunes y corrientes que no demandan ninguna precisión especial, pues las partes, el Juez 3º Civil del Circuito Especializado de Medellín, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín y la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia se abstuvieron de plantear cuestionamientos o restricciones respecto de la utilización de las informaciones periodísticas como medio de prueba⁹.

De otro lado, el profesor José Fernando Ramírez Gómez, al enunciar las múltiples especies de documentos privados, concluye que de acuerdo con la llamada concepción funcional que acerca del medio documental consagra la legislación procesal colombiana, tienen cabida no solamente los clásicos documentos escritos, sino también todas aquellas expresiones originadas por la tecnología moderna sin importar los signos de la representación y mucho menos el material donde ésta se refleja, expresiones dentro de las cuales, para el análisis que se viene haciendo, sobresale la información de los medios de comunicación tradicionales y los emanados de la Era del ciberespacio. Igualmente, al repasar la clasificación de los documentos este tratadista destaca que desde el punto de vista de su contenido los *“documentos declarativos”* comportan o contienen una manifestación o declaración de voluntad de su creador, otorgante o suscriptor, y que de acuerdo con su función una subclasificación de estos instrumentos son los *“documentos*

⁸ Colombia, Consejo de Estado, Sentencias del 15 de junio y 10 de noviembre de 2000, M.P. Doctor Ricardo Hoyos Duque, expedientes 13338 y 18298.

⁹ Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 12 de septiembre de 1995, M.P. Doctor Nicolás Bechara Simancas, expediente 3939.

informativos” que apenas dejan constancia de un hecho como las historias clínicas o la información sobre un desarrollo cronológico¹⁰.

La tesis de adquisición de plenos efectos probatorios de los periódicos allegados al proceso como consecuencia de su admisión tácita por la falta de cuestionamiento, en Colombia cuenta con un respaldo expreso del legislador. En efecto, respeto del valor probatorio de los documentos privados de contenido o naturaleza simplemente declarativa emanados de terceros, como una carta, un recibo, un paz y salvo, una cotización, o en fin *“cualquier documento proveniente de un tercero que contenga una información o declaración de su voluntad”*, el profesor José Fernando Ramírez Gómez hace notar que a partir de la entrada en vigencia del artículo 10-2 de la Ley 446 de 1998, el Juez debe apreciar estos documentos sin necesidad de que el tercero ratifique su contenido, salvo que la parte contraria lo solicite, pues si la parte contra la cual se hace valer el documento no reclama su ratificación admite por sí solo la valoración por parte del Juez, porque *“el silencio viene a otorgarle a dicho documento la autenticidad de que eventualmente pudiera carecer, o sea la certeza sobre la autoría del documento, y con ella la viabilidad de la apreciación, autenticidad que apareja la presunción de veracidad, o sea que el contenido del documento es cierto y veraz”*, siempre que su aducción haya sido regular y oportuna, lo cual no significa que el documento adquiera una fuerza probatoria indiscutible, porque el mismo debe apreciarse en conjunto con las otras pruebas y de acuerdo con las reglas de la sana crítica que bien pueden desvirtuar la presunción de su veracidad¹¹.

Por consiguiente, en Colombia tampoco existe ningún reparo constitucional, legal y jurisprudencial para que las informaciones periodísticas sean tenidas como medios probatorios idóneos para acreditar y dar certeza sobre hechos, conductas y actividades, especialmente, de destacadas personalidades y reconocidas organizaciones económicas, políticas y sociales, quienes por su condición pública están expuestas a que sus datos, incluso su información personal y familiar, adquieran la calidad de *“hechos notorios”*, de *“público conocimiento”*, o de *“dominio público”*, debido a su difusión a través de los medios de comunicación de reconocido prestigio y de amplia circulación regional o nacional.

No está de más recordar que respecto de la noción de *“hecho notorio”* la Corte Constitucional señaló que Ugo Rocco define el hecho notorio como aquel *“que por su general y pública divulgación, no puede ser ignorado por ninguno, o que debe ser conocido por todos”*; que para Eugenio Florián *“es notorio un hecho que lo conoce la mayor parte de un pueblo, de una clase, de una categoría, de un cúmulo de personas”*; y que conforme a esa doctrina generalizada, *“hecho notorio es, pues, aquel cuya existencia puede invocarse sin necesidad de prueba alguna, por ser conocido directamente por cualquiera que se halle en capacidad de observarlo”*. Asimismo, cabe resaltar que por su parte, el profesor Jairo Parra Quijano sostiene que *“hecho notorio es aquel conocido por personas de mediana cultura, dentro de un determinado conglomerado social, en el tiempo que se produce la decisión y que es conocido por el Juez, razón por la cual no se requiere que el conocimiento sea universal, que todos lo hayan presenciado, ni que sea permanente”*¹².

¹⁰ Ramírez Gómez, José Fernando, *La Prueba Documental*, Teoría General, 7ª edición, Señal Editora, 2000, pp. 61-62.

¹¹ Ramírez Gómez, José Fernando, *La Prueba Documental*, Teoría General, 7ª edición, Señal Editora, 2000, pp. 113-120.

¹² Colombia, Auto del 2 de octubre de 1997. M.P. Carlos Gaviria Díaz; y Parra Quijano, Jairo, *Manual de Derecho Probatorio*, 12ª edición, Ediciones Librería del Profesional, 2002, p. 132.

7.3. Desplazamiento de la carga de la prueba cuando los medios para acreditar el parentesco y/o la familiaridad son de difícil obtención.

Marcelo J. López Mesa resalta que para el derecho tradicional era un principio invariable que las partes tienen la carga de aportar la prueba de sus afirmaciones o, en caso contrario, soportar las consecuencias de omitir ese imperativo del propio interés, dogma que estaba excesivamente influenciado por la consideración del proceso como un combate judicial. Igualmente, recalca que debido a que las partes no son las únicas interesadas en arribar a la verdad real, finalmente se aceptó que esta regla necesariamente debía contemplarse con un criterio flexible que permitió el surgimiento de la doctrina de las cargas probatorias dinámicas, según la cual el peso de la prueba está en cabeza de la parte que por su situación se halla en mejores condiciones de acercar prueba a la causa, sin importar si es actor o demandado, pues en virtud del principio de la buena fe en su vertiente procesal hay datos de hecho fáciles de probar para una de las partes que, sin embargo, pueden ser o resultar de difícil acreditamiento para la otra.

Específicamente en el ámbito del negocio simulado la jurisprudencia argentina ha hecho un uso intenso de esta herramienta, al considerar que la atribución del carácter de simulado a un negocio provoca un desplazamiento de la carga probatoria entre actor y demandado, de modo dinámico, atendiendo a la mejor posibilidad de uno y otro de probar, puesto que esta doctrina exige que quien aparece vinculado a un negocio reputado fraudulento o simulado no puede permanecer impasible o a la defensiva, sino que debe colaborar con el órgano judicial para despejar toda duda, contribuyendo decisivamente a acreditar el carácter real y no simulado de la operación¹³.

En Colombia, el maestro Jairo Parra Quijano resalta que la Corte Suprema de Justicia colombiana, al referirse a la simulación y a las pruebas de difícil obtención, ha concluido que cuando una parte tiene que realizar proezas para lograr una prueba, la carga de la prueba le corresponde a la parte que le sea más fácil probar, por ser ésta la llamada a desahogar la "carga" y a hacer posible que el derecho a la prueba de la otra parte no sea retórica, sino realidad, pues exigir proezas, para que una parte consiga la prueba, equivale a negarle el derecho a la prueba. Al respecto, el profesor José Fernando Ramírez Gómez hace notar que al reglamentar lo atinente con la carga de la prueba en el proceso civil colombiano, el artículo 177 del C.P.C. estatuye que al actor le corresponde demostrar los supuestos de hecho en los cuales funda su pretensión y al demandado las circunstancias fácticas en que finca su excepción, pero que como el Código abolió el sistema dispositivo en materia probatoria al autorizar al Juez para decretar pruebas de oficio, autorización que al entender de la Corte Suprema es un verdadero deber, resultó consagrado un efectivo poder-deber que con creces supera la auto responsabilidad de las partes, porque, a decir verdad, *"si el compromiso del juez está con el encuentro de la llamada verdad histórica, no se ve por qué razón éste en un*

¹³ La doctrina de la carga dinámica de las pruebas se puede sintetizar así: "a) Las partes carecen del derecho de permanecer ensimismadas en el proceso, escudándose en una cerrada negativa de las alegaciones de la contraria. b) La carga de la prueba puede recaer en cabeza del actor o del demandado según fueren las circunstancias del caso y la situación procesal de las partes. c) La carga de la prueba no depende solamente de la invocación de un hecho, sino de la posibilidad de producir la prueba. d) La superioridad técnica, la situación de prevalencia o la mejor aptitud probatoria de una de las partes o la índole o complejidad del hecho a acreditar en la *litis*, generan el traslado de la carga probatoria hacia quién se halla en mejores condiciones de probar". López Mesa, Marcelo J. La carga de la prueba en ciertos casos de responsabilidad civil (La doctrina de las cargas probatorias dinámicas en la jurisprudencia argentina y española).

momento dado no pueda suplir la inactividad de las partes en materia de pruebas, a fin de tomar una decisión que realmente dé vigencia y eficacia al derecho sustancial”¹⁴.

Específicamente en el ámbito de los negocios simulado y pauliano es claro que los terceros legitimados para incoar estas acciones se enfrentan, por regla general, a un alto nivel de dificultad para obtener, por ejemplo, la prueba privilegiada del estado civil de las personas que participaron en los negocios investigados, obstáculo que se torna mayor cuando los comerciantes comprometidos en los actos sospechosos son nacidos con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 92 de 1938 en alejados y pequeños pueblos de la extensa geografía del país; y cuando los archivos oficiales relacionados con el registro civil de las personas no siempre están debidamente actualizados, circunstancia que justifica el desplazamiento de la carga probatoria entre actor y demandado, de modo dinámico, atendiendo a la mejor posibilidad de uno y otro de aportar la prueba privilegiada del estado civil, puesto que como se vio esta doctrina exige que quien aparece vinculado a un negocio reputado fraudulento o simulado no le es dable permanecer impasible o a la defensiva, sino que debe colaborar con el órgano judicial para despejar toda duda.

¹⁴ Parra Quijano, Jairo, *Manual de Derecho Probatorio*, 12ª edición. Ediciones Librería del Profesional, 2002, p. 187; y Ramírez Gómez, José Fernando, *La Prueba Documental, Teoría General*, 7ª edición, Señal Editora, 2000, pp. 38-39.

EL PARENTESCO COMO CAUSAL OBJETIVA, AUTÓNOMA Y SUFICIENTE DE REVOCACIÓN FORZOSA DE LOS NEGOCIOS JURÍDICOS CELEBRADOS DURANTE EL PERÍODO DE SOSPECHA FIJADO POR EL LEGISLADOR

Dr. JUAN JORGE ALMONACID SIERRA

Fecha de recepción: 23 de mayo de 2008 - Fecha de aceptación: 1º de julio de 2008

Resumen

Las instituciones financieras son comerciantes respecto de quienes el legislador desde siempre ha proferido normas especiales que establecen notables diferencias entre la liquidación obligatoria ordenada por la Superintendencia de Sociedades y la liquidación forzosa administrativa decretada por la Superintendencia Financiera, divergencias que se reflejan en las acciones revocatorias de cada uno de estos procesos concursales.

El parentesco es una causal objetiva y autónoma de revocación forzosa de los negocios jurídicos financieros respecto de la que existe libertad probatoria, dado que en el ámbito del derecho comercial la prueba de lazos familiares no requiere la prueba privilegiada del certificado del estado civil, debido a que el debate central en los procesos mercantiles no gira en torno al estado civil de las personas.

Palabras Clave: *Liquidación forzosa administrativa, acción revocatoria, prueba del estado civil, valor probatorio de las informaciones periodísticas.*

Abstract

The legal framework of the bankruptcy in financial institutions whom are under control of the financial regulator has always been regulated for special rules, these are very different from the regulation of bankruptcy in common firms whom are under the supervision of societies regulator. These differences are clear is the revocation action of each.

The kinship is objective reason for compulsory revocation of the financial contracts. It may be proving freely, as in commercial law the evidence doesn't require any formalities. The kinship doesn't have to be proof whit certificate of marital status because it isn't the central debate in this kind of proceeding.

Key Words: *Compulsory bankruptcy, revocation action, proof of the marital status, the probative value of the Journalistic in formations.*

1. LAS ACCIONES REVOCATORIAS INSTAURADAS POR LOS LIQUIDADORES DE LAS INSTITUCIONES FINANCIERAS SON ACCIONES ESPECÍFICAS QUE SE RIGEN POR LAS NORMAS CONTENIDAS EN EL RÉGIMEN LEGAL ESPECIAL DE LA LIQUIDACIÓN FORZOSA ADMINISTRATIVA

Las instituciones financieras son comerciantes especializados, respecto de quienes el Legislador desde siempre se ha preocupado y ocupado de proferir un conjunto de normas especiales que se encuentran compiladas en lo que se conoce como el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (en adelante E.O.S.F.), razón por la cual el proceso de liquidación forzosa administrativa se rige por las disposiciones especiales contenidas en el Capítulo II de la parte Undécima del E.O.S.F. En efecto, el artículo 290 de este estatuto establece que por

las disposiciones de esta parte se regirá el proceso liquidatorio de una institución vigilada por la Superintendencia Bancaria, hoy Superintendencia Financiera; y en concordancia con lo anterior, el numeral 2º del artículo 293 del E.O.S.F. expresamente dispone que los procesos de liquidación forzosa administrativa de entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera se rigen en primer término por sus disposiciones especiales¹.

Dentro del régimen legal especial de la liquidación forzosa administrativa, el Legislador expresamente incluyó una reglamentación detallada en relación con las acciones revocatorias que se encuentra consignada en el numeral 7º del artículo 301 del E.O.S.F., numeral que es el fundamento normativo sustancial para el ejercicio de las acciones revocatorias por parte de los liquidadores de las instituciones financieras sometidas al proceso concursal conocido como liquidación forzosa administrativa.

Por tanto, el Código de Comercio y la Ley 222 de 1995 no resulta aplicable a estos casos debido a que, no obstante las escasas semejanzas que existen entre la liquidación obligatoria ordenada por la Superintendencia de Sociedades regulada en el Capítulo III de la Ley 222 de 1995 (artículos 149 al 225) y la liquidación forzosa administrativa ordenada por la Superintendencia Financiera regulada en el Capítulo III de la Undécima parte del E.O.S.F. (artículos 293 al 302), el Legislador fijó notables diferencias entre estas dos clases de procesos concursales, que para efectos de este artículo basta con resaltar a continuación las relacionadas con las acciones revocatorias:

DIFERENCIAS ENTRE LAS ACCIONES REVOCATORIAS

CONCEPTO DE COMPARACIÓN	COMERCIANTES COMUNES U ORDINARIOS	INSTITUCIONES FINANCIERAS
Fuente Normativa	Artículos del 183 al 191 de la Sección VIII del Capítulo III de la Ley 222 de 1995.	Numeral 7 del artículo 301 del Capítulo III de la undécima parte del E.O.S.F.
Denominación del Sujeto	El deudor.	La entidad intervenida.
Legitimidad Activa	La Superintendencia de Sociedades, el Liquidador, o cualquier acreedor reconocido.	Únicamente el Liquidador.
Período de Sospecha	Diferenciado dependiendo del tipo de acto a revocar (6, 12 y 24 meses).	Unificado independientemente del acto a revocar (18 meses*).
Término para presentar la demanda	Dentro del año (1) siguiente a la fecha en que quede en firme la graduación y calificación de créditos.	Dentro de los tres (3) años siguientes a la fecha de expedición de la providencia que decreta la toma de posesión.
Recompensa	El 10% del valor o beneficio que reporte la acción, derecho que debe ser reconocido en la sentencia al acreedor que inicie el proceso y le prospere total o parcialmente.	No se reconoce recompensas.
Medidas Cautelares	El Juez de oficio o a petición de parte, sin necesidad de caución, está autorizado para decretar medidas cautelares especiales.	No se contemplan medidas cautelares especiales.
Alcance de la Sentencia	La ley señala en forma expresa las medidas que deben ordenarse en la sentencia y los efectos de la misma respecto del demandado vencido y sus causahabientes diferenciando si son de buena o mala fe.	No se determinan en forma expresa los alcances de la sentencia.
Juez Competente	Juez Civil del Circuito Especializado si lo hubiere	Únicamente el Juez Civil del Circuito del domicilio

¹ Para un análisis detallado del proceso de liquidación forzosa administrativa puede consultarse nuestro libro Liquidación Forzosa Administrativa y Toma de Posesión de Instituciones Financieras, Legis S.A.

	o Juez Civil del Circuito del domicilio del deudor.	de la intervenida.
Clase de Proceso	Trámite Especial: proceso verbal de mayor y menor cuantía.	No se determina en forma expresa un trámite especial, por tanto debe cursar por el proceso ordinario.
Prelación o Preferencia	El Juez y el Tribunal deben dar prelación a estos procesos so pena de incurrir en mala conducta.	No goza de ningún tipo de prelación o preferencia respecto de los demás procesos.
Actos susceptibles de revocatoria	Extinción de las obligaciones. Daciones en pago. Actos de disposición. Constitución o cancelación de gravámenes. Limitación o desmembración del dominio de bienes del deudor. Actos que a títulos gratuitos. Reformas Estatutarias. Liquidaciones sociales voluntarias. Ventas con pacto de recompra. Contratos de arrendamiento Financiero.	Pagos o daciones en pago de deudas no exigibles. Los actos jurídicos celebrados con los parientes. Reformas Estatutarias. Las cauciones que haya constituido la entidad con posterioridad a la cesación en los pagos, cuando haya sido esta la causal de toma de posesión. Actos de disposición o administración realizados en menoscabo de los acreedores, cuando el tercer beneficiario de dicho acto no haya actuado con buena fe exenta de culpa.** Actos a título gratuito.

* Antes de la reforma introducida por la Ley 510 de 1999 este término era de 6 meses.

** Esta clase de acto susceptible de revocatoria tenía el siguiente tenor: (...) Los actos de disposición y administración, cuando se probare cualquier convivencia entre las partes, consumada en menoscabo de los acreedores.

Del cuadro anterior se puede concluir que no obstante que comparten el mismo nombre, las acciones revocatorias reguladas en la Ley 222 de 1995 son diferentes de las previstas en el E.O.S.F., y que las acciones revocatorias relacionadas con las entidades intervenidas por la Superintendencia Bancaria, por hacer parte del régimen de liquidación forzosa administrativa de las instituciones financieras, se rigen por las disposiciones especiales establecidas en el E.O.S.F., artículos 115-117, 290-302, modificado por la Ley 510 de 1999 y reglamentada por el Decreto 2418 de 1999 y demás normas que modifiquen, adicionen o sustituyan, dentro de las cuales cabe resaltar el Decreto 2211 de 2004 que derogó el Decreto 2418 de 1999.

2. NOCIÓN DE ACCIÓN REVOCATORIA

Estas acciones son un esquema jurídico o mecanismo concreto previsto por el legislador para obtener la revocatoria de los actos realizados en perjuicio de los acreedores por la institución financiera deudora intervenida por la Superintendencia Financiera, con fines liquidatorios, con el propósito de restituir o devolver a la masa de la liquidación los activos que salieron de manera irregular antes de iniciarse el proceso concursal.

Según la consagración de las acciones revocatorias que se plasma en el numeral 7º del artículo 301 del E.O.S.F., se puede concluir que se trata de medidas reconstitutivas del patrimonio, consagradas básicamente y como su denominación lo indica, como mecanismos jurídicos para reintegrar al patrimonio de la institución financiera deudora intervenida aquellos bienes que han salido del mismo bajo determinadas circunstancias establecidas por la ley.

3. PRESUPUESTOS GENERALES DE LA ACCIÓN REVOCATORIA EN LOS PROCESOS DE LIQUIDACIÓN FORZOSA ADMINISTRATIVA DE INSTITUCIONES FINANCIERAS

En los procesos de liquidación forzosa administrativa de instituciones financieras es procedente la acción revocatoria cuando se dan los siguientes presupuestos generales:

3.1. La existencia de una institución financiera sometida a proceso de liquidación forzosa administrativa.

La acción revocatoria prevista en el numeral 7º del artículo 301 del E.O.S.F. procede en los casos de instituciones financieras respecto de las cuales la Superintendencia Financiera haya dispuesto la toma de posesión inmediata de los bienes, haberes y negocios con fines liquidatorios.

3.2. La realización de los actos revocables dentro del período de sospecha determinado por la ley.

El legislador ha establecido que son revocarles aquellos actos que se hayan realizado dentro un determinado lapso, esto es, un término previo a la fecha de la toma de posesión previsto en la ley. Así, para las acciones revocatorias ejercidas respecto de la liquidación forzosa administrativa de una institución financiera, el legislador en el E.O.S.F. tiene establecido actualmente un período de dieciocho (18) meses anteriores a la fecha del acto administrativo que ordena la toma de posesión de la institución financiera.

3.3. No encontrarse la acción prescrita.

La ley se encarga de establecer un término dentro del cual se puede intentar la acción revocatoria, señalando que este tipo de acción debe interponerse dentro de los tres (3) años siguientes a la fecha de expedición de la providencia que decretó la toma de posesión (parágrafo del numeral 7º del artículo 301 del E.O.S.F.).

3.4. Que la acción revocatoria se interponga por el liquidador.

En el proceso de liquidación forzosa administrativa de las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera la legitimidad activa para interponer las acciones revocatorias expresamente está radicada en el Liquidador de la entidad intervenida, como lo establece el numeral 7º del artículo 301 del E.O.S.F.

3.5. La insuficiencia de los activos de la entidad financiera intervenida para pagar la totalidad de los créditos reconocidos.

Para que prospere la acción revocatoria de los actos del deudor, se requiere que exista insuficiencia de los activos de la entidad financiera intervenida para pagar la totalidad de los créditos reconocidos (numeral 7º del artículo 301).

3.6. Beneficiarios de la acción revocatoria.

Según la consagración de las acciones revocatorias prevista en el numeral 7º del artículo 301 del E.O.S.F., se concluye que el legislador reconoce a la sentencia de reintegración que se profiriera en una acción revocatoria efectos generales respecto de toda la masa de acreedores, dado que los bienes que se restituyan, como consecuencia de la acción, ingresan a la masa de la liquidación en beneficio de todos ellos.

4. ACTOS SUSCEPTIBLES DE REVOCACIÓN

El legislador ha establecido taxativamente la posibilidad de revocar ciertos actos efectuados por la institución financiera intervenida, efectuados con anterioridad a la toma de posesión, que directa o indirectamente hayan afectado la prenda general de los acreedores o transgredido el privilegio de exclusión de la “no masa”, la prelación en el pago o la condición de igualdad frente a otros acreedores homólogos. Los siguientes son los actos susceptibles de revocación previstos en el numeral 7º del artículo 301 del E.O.S.F.: pagos o daciones en pago de deudas no exigibles; actos jurídicos celebrados con los parientes; reformas estatutarias; cauciones que haya constituido la entidad con posterioridad a la cesación en los pagos, cuando haya sido esta la causal de toma de posesión; actos de disposición o administración realizados en menoscabo de los acreedores; y actos a título gratuito.

5. EL PARENTESCO COMO CAUSAL OBJETIVA, AUTÓNOMA Y SUFICIENTE DE REVOCACIÓN FORZOSA DE LOS NEGOCIOS JURÍDICOS

El literal b) del numeral 7º del artículo 301 del E.O.S.F. regula, en los siguientes términos, la causal de revocación relacionada con los actos jurídicos celebrados entre parientes:

“Artículo 301.- OTRAS DISPOSICIONES. (...) 7. Acciones revocatorias. Cuando los activos de la entidad intervenida sean insuficientes para pagar la totalidad de créditos reconocidos, podrá impetrarse por el liquidador la revocatoria de los siguientes actos realizados dentro de los seis (6) meses anteriores a la fecha de la providencia que ordene la toma de posesión: (...) b. **Los actos jurídicos celebrados con los parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil de los directores, administradores, asesores y revisor fiscal**, o con algunos de sus consocios en sociedad distinta de la anónima, o con sociedad colectiva, limitada, en comandita o de hecho, en que aquellos fueren socios; (...) (Resaltado fuera de texto).

5.1. Elementos para la configuración del acto.

Para la configuración de la revocatoria de los actos jurídicos celebrados entre parientes, además de los presupuestos generales resaltados anteriormente, es necesario tener en cuenta los elementos que se señalan a continuación así como sus respectivas fuentes legales.

5.1.1. Valoración de la conducta.

A la luz de lo expresamente señalado en este artículo, cabe anotar que el legislador respecto de este acto no exige como requisito para su configuración, la valoración y calificación de la conducta de la institución financiera intervenida deudora ni la del acreedor beneficiado con los actos jurídicos celebrados entre parientes.

A diferencia de los actos de disposición previstos en el literal e) del numeral 7º del artículo 301 del E.O.S.F. en los que el examen de la conducta de las partes se desarrolla por medio del estudio de la connivencia entre las mismas, en el caso de los actos jurídicos celebrados entre parientes previstos en el literal b) del aludido numeral, el legislador de forma expresa no contempló respecto de este acto como un requisito para su configuración, la valoración y calificación de la conducta entre las partes que participaron en el acto cuya revocatoria se solicita.

Como se puede observar, los nexos filiales trascienden como un hecho que incide en la adecuación típica de esta causal de revocación forzosa de los negocios jurídicos, de ahí la importancia de examinar los presupuestos sustanciales y procesales conexos al parentesco,

en especial lo relacionado con la acreditación o prueba de la calidad de “pariente” sobre la que se estructura este tipo de causas.

6. LÍNEA JURISPRUDENCIAL SOBRE LA PRUEBA DEL ESTADO CIVIL

El artículo 1º del Decreto 1270 de 1970 define el estado civil de una persona como la situación jurídica en la familia y la sociedad que determina su capacidad para ejercer ciertos derechos y contraer ciertas obligaciones. Por su parte, mientras que el artículo 5º del mismo decreto exige que los hechos y los actos relativos al estado civil de las personas deben ser inscritos con indicación del folio y el lugar del respectivo registro; los artículos 105 y 106 del Decreto 1270 expresamente disponen que los hechos y los actos relacionados con el estado civil de las personas se acreditarán con copia de la correspondiente partida o folio o con certificados expedidos con base en los mismos y que ninguno de los hechos, actos y providencias relativos al estado civil sujetos a registro hacen fe en proceso ni ante ninguna autoridad si no ha sido inscrito o registrado en la respectiva oficina.

Sin embargo, estas normas no son absolutas ya que la Corte Suprema de Justicia ha reconocido algunas excepciones en las cuales el estado civil como los hechos y actos relacionados con el mismo, se pueden demostrar válidamente a través de medios distintos a los certificados del registro civil.

6.1. Prueba del estado civil en el derecho de familia.

La Corte Suprema de Justicia, incluso en el exigente campo del derecho de familia, ha resaltado algunas excepciones en las cuales el estado civil se puede acreditar válidamente a través de medios distintos a los certificados del registro civil. Una de estas excepciones son las denominadas pruebas supletorias del estado civil, conformadas por las partidas eclesiásticas, que conservan todo su valor respecto de personas nacidas con anterioridad a la Ley 92 de 1938.

La segunda salvedad está relacionada con la declaratoria de filiación extramatrimonial, en la cual, al aceptar los testimonios como pruebas conducentes para demostrar el estado civil de las personas, categóricamente la Corte advirtió que el Juez no debe utilizar un criterio de excesivo rigor que imposibilite la demostración de la paternidad:

“(…) al igual que en materia matrimonial o de filiación legítima, el concepto de ‘... posesión ...’ aplicable al estado civil y en particular al que emerge de la filiación extramatrimonial, denota, por definición, *una situación muy peculiar resultante de hechos concluyentes en punto de crear una **apariencia jurídica*** que, en cuanto tal, sirve para establecer la realidad de la que ella se ofrece como reflejo; de aquí que se diga en nuestro medio, de acuerdo con el texto del artículo 6º de la Ley 45 de 1936, *que la posesión de estado en estos casos consiste en el **concepto público** en el que es tenido un hijo con relación a su padre natural, cuando esta especie de **fama pública** se ha formado en razón de actos directos de este último* que legalmente pueden tenerse como demostrativos de un verdadero reconocimiento, o lo que a esto equivale, basada aquella en comportamientos que, sustituyendo las sabias solemnidades de un reconocimiento formal de la filiación, signifiquen exclusiva e inequívocamente, ante terceros, que los vínculos de hecho existentes entre el presunto padre y el reputado hijo fueron iniciados y continuados por el primero en mérito del nexo paterno-filial que los une, haciéndose así ostensible, sin ambigüedades, una conducta que no pueda explicarse sino por la condición de padre que respecto del hijo tenga quien la ha practicado. (...) Fuera de lo dicho, es preciso poner de presente que si bien la doctrina de la Corte ha venido sosteniendo que el fallador, *en la*

*ponderación de la prueba de estas causas de investigación de la paternidad natural, **no debe hacerlo con un criterio de excesivo rigor que haga imposible su demostración***, igualmente ha afirmado que en la evaluación de los medios de convicción tampoco puede situarse en el extremo contrario, porque no se puede desconocer o subestimar que está de por medio la definición, con certeza, de un estado civil, respecto del cual la legislación impone que aparezca de manera indubitable. De ahí, por ejemplo, que la jurisprudencia venga sosteniendo que “como el tiempo se encarga de sacar el balance consolidado de los hechos sociales, la posesión del estado de hijo natural es prueba excepcionalmente de tal estado, desde luego que extraña una confesión espontánea, reflexiva e insistentemente reiterada de la paternidad. Mas, por la gravedad misma que el estado civil de las personas encierra, el legislador colombiano se ha preocupado siempre porque la demostración de la posesión notoria esté presidida por un criterio, no de simple probabilidad, sino de certidumbre...” (LXXVI, 635 y LXXX, 298). Sentencia del 15 de mayo de 1995, M.P. NICOLÁS BECHARA SIMANCAS, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Expediente N° 4488. G.J.T. CLXXII, páginas 169 y 170, Casación Civil de 29 de junio de 1989, CXVI, páginas 197 a 198. (Resaltado fuera de texto).

Otra precisión substancial sobre esta materia es el llamado de atención que hace la Corte Suprema de Justicia para no confundir la maternidad con la paternidad y la prohibición de limitar los medios probatorios para establecer la maternidad a través de la exigencia del registro civil de nacimiento como única prueba admisible para acreditar esa condición, la fecha del parto, el nombre o la edad de las personas, pues aun cuando nadie discute que esta es la prueba más sencilla y de gran poder de convicción al respecto, debe convenirse que para establecer el hecho de si una mujer es la verdadera madre del hijo que pasa por suyo o el hecho de en qué momento ocurrió el parto, que son sucesos o episodios de la vida diaria de ocurrencia normal y frecuente, bien puede admitirse medios persuasivos diversos que lleven al Juez al convencimiento de su ocurrencia, porque ahí estriba precisamente la diferencia entre la maternidad y la paternidad; ya que mientras que aquella puede establecerse fácilmente porque el parto, que es el hecho que la constituye, es apreciable y tangible; el engendramiento, que es el hecho que constituye la paternidad, no puede probarse directamente, y por el ello el legislador se vio urgido a recurrir a las presunciones, hecho que gracias a los avances tecnológicos contemporáneos actualmente se puede probar mediante la prueba pericial técnica de ADN.

Esta precisión tiene sustento en la antigua amonestación de la Corte de no olvidar que una cosa es el estado civil y otra muy distinta los hechos o actos constitutivos del mismo, distinción que obliga a no perder de vista que por disposición expresa el primero sólo puede acreditarse hoy mediante la copia o certificado del registro civil, pero que cuando ya no se trata de probar el estado civil propiamente dicho, sino los hechos constitutivos del mismo, se abren paso medios probatorios como el testimonio o la confesión para acreditar, por ejemplo, si una mujer dio a luz a una determinada persona².

6.2. Prueba del estado civil en el derecho civil.

La Corte Suprema de Justicia también ha resaltado que la formalidad del registro se exige cuando el tema central del debate gira en torno de un verdadero “estado civil”, el cual no se debe confundir, por ejemplo, con la calidad de “heredero” que bien puede probarse con el testamento siempre que se acredite la aceptación expresa o tácita de la herencia:

² Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 6 de abril de 1995, M.P. Rafael Romero Sierra, Expediente N° 4421.

“El título de heredero no constituye un estado civil: no determina para el asignatario a título universal una especial situación en su familia o frente a la sociedad. No siendo constitutivo de dicho estado no requiere ser registrado en los libros de registro civil, como sí está imperado para todos los demás hechos o actos que constituyen, declaren o modifiquen el estado civil de las personas. No puede, pues, confundirse el título de heredero con el estado civil que en ocasiones, es la fuente del llamamiento a suceder a un difunto”. Sentencia del 26 de agosto de 1976, M.P. Germán Giraldo Zuluaga. (Resaltado fuera de texto).

Por su parte, Jairo Parra Quijano destaca que no debe confundirse la prueba del “estado civil” de una persona con la prueba de la “familiaridad”, pues si se inicia un proceso de divorcio indudablemente hay que allegar el registro civil del matrimonio para acreditar el estado civil de casados de las partes; mientras que dentro de un proceso de simulación en el que se ataca una compraventa, la familiaridad entre los ficticios comprador y vendedor puede probarse, por ejemplo, por medio de la confesión, tal y como lo ha aceptado la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, doctrina que bien puede extenderse y resulta plenamente aplicable al caso de las acciones revocatorias, en las que tampoco debe confundirse la prueba del “estado civil” de una persona con la prueba de la calidad de “pariente”, cuyas voces sinónimas son “familiar”, “emparentado”, “allegado”, “vinculado” o “relacionado”.

“Ciertamente, como con propiedad lo expresa el opositor en casación, el estado civil está sujeto a una prueba específica que no es, en efecto, la confesión. *Pero una cosa es probar el estado civil y otra una relación de la cual se puede inferir la seguridad que suele buscarse para celebrar negocios simulados*, en que debe existir en el ánimo de los celebrantes mucha confianza. *Quizás podría decirse, entonces, que la confesión no prueba el estado civil pero sí la familiaridad, que en últimas es la que constituye el indicio de la simulación*”. Sentencia del 26 de abril de 1983, M.P. Jorge Salcedo Segura, citada por Parra, 428, 2002.

6.3. Prueba del estado civil en materia penal.

Desde antaño, la Corte Suprema de Justicia igualmente ha destacado que dentro del proceso penal la prueba del estado civil de las personas no puede ser tan rigurosa porque dicha prueba no se exige para poder contraer determinadas obligaciones o ejercitar ciertos derechos, sino para acreditar hechos que en razón a las vinculaciones familiares aparejan e imponen deberes entre los parientes o allegados.

Esta interpretación responde al hecho de que en los delitos el estado civil no es el bien jurídico materia de amparo y los lazos familiares entre la víctima y el victimario trascienden únicamente como un hecho que incide en la adecuación típica y en la gravedad de las consecuencias punitivas. De ahí que en materia penal basta con demostrar el parentesco por medios comunes, distintos de los que exige la ley civil, pues la efectividad de la tutela de la vida, la familia, la libertad y el pudor sexual, como bienes protegidos por la ley penal, se debe garantizar con independencia de que haya operado el registro de hechos o actos relevantes para el estado civil en las oficinas notariales o de que no se cuente en autos, por ejemplo, con un registro civil de defunción³.

7. PRUEBA DEL ESTADO CIVIL EN EL ÁMBITO DEL DERECHO COMERCIAL

³ Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 20 de febrero de 1996, M.P. Juan Manuel Torres Fresneda, Proceso N° 11291.

Siguiendo las tendencias jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia en relación con la prueba del estado civil de las personas, forzoso es concluir que en materia comercial tampoco se requiere una prueba privilegiada, y por ende el fallador, al ponderar las pruebas que obran en el expediente, debe abstenerse de aplicar un criterio de excesivo rigor que haga imposible la demostración de los lazos familiares de los comerciantes, puesto que el debate central en los procesos mercantiles no gira en torno al estado civil de las personas, por no estar, por obvias razones, dentro del ámbito de aplicación de la ley mercantil.

En efecto, si se repasa el Código del Comercio y el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (E.O.S.F.), fácilmente se puede constatar que cuando el legislador aborda la temática del parentesco, no lo hace con el fin de determinar una especial situación en la familia o frente a la sociedad que faculte a los comerciantes para ejercer o contraer ciertos derechos u obligaciones, sino para proteger únicamente los derechos de terceros limitando o restringiendo la libertad de los comerciantes. Prueba de ello es que en estas normas el nexo filial de las personas no es el bien jurídico materia de amparo, puesto que el parentesco está regulado únicamente como un hecho que incide en la configuración de las inhabilidades del revisor fiscal y de los contralores; incompatibilidades de ciertas instituciones financieras y de los fondos comunes de inversión; prohibiciones a los miembros de las juntas directivas; limitaciones de las operaciones activas de crédito y los agregados comerciales; y causales de revocatoria de actos realizados por el comerciante fallido, dentro del período de sospecha⁴.

7.1. Libertad probatoria para acreditar el parentesco y/o la familiaridad en las acciones revocatorias.

Conforme a lo expuesto, no existe ninguna dificultad para que el principio de la libertad de los medios de prueba para acreditar el parentesco aceptado profusamente en el campo penal, consecuentemente tenga plena aplicación en las causas en las que se debata la revocatoria forzosa de negocios jurídicos, pues es evidente que en estos casos se está frente a un típico *cuasidelito* originado, como mínimo, en la culpa, negligencia o descuido presente en contratos ilícitos que, por regla general, reportan ventajas exclusivamente para el acreedor que participa en el negocio susceptible de revocatoria y que por ende ocasiona un perjuicio a los demás acreedores del comerciante concursado, quienes injustamente deben soportar la disminución de la prenda general de las acreencias.

En el caso de las acciones revocatorias, el principio legal de la libertad de prueba también tiene plena vigencia, ya que la efectividad de la tutela del Derecho Fundamental de la igualdad en su versión de *par conditio creditorum* protegido por la Constitución y las leyes concursales, se debe garantizar con independencia de que se encuentren en autos registros civiles que acrediten las relaciones de parentesco entre los comerciantes que realizaron negocios jurídicos en el período de sospecha fijado por la ley, pues en estos casos el nexo filial y/o la familiaridad pueden ser demostrados válidamente por cualquier medio probatorio señalado y/o aceptado por el Código de Procedimiento Civil (C.P.C.) sin sujeciones al rigorismo que exige la ley para los asuntos estrictamente relacionados con la determinación del estado civil de las personas, siempre y cuando que los medios de convicción que obran en el expediente, luego de ser valorados en su conjunto, le proporcionen al fallador la certidumbre respecto de los lazos familiares que se censuran en las acciones revocatorias.

⁴ Ver artículos 205 y 435 del Código del Comercio; artículos 107 y 146 de la Ley 222 de 1995, artículos 77, 122, 156 - 1º, 283-4-e) y 301-7-b) del E.O.S.F.

Al respecto, no sobra advertir que la Corte Suprema de Justicia ha reconocido el principio de la libertad de prueba en el proceso de simulación, que al igual que las acciones revocatorias, está establecido en defensa de los intereses de los terceros o las partes afectadas por el acto aparente, a quienes para desenmascarar tal anomalía se les garantiza la libertad de acudir a toda clase de medios de prueba, dada la audacia con que los contratantes suelen actuar para disfrazar el acto, libertad que sin duda alguna puede predicarse válida y legítimamente en relación con la acción pauliana concursal por su innegable cercanía conceptual con la acción de simulación⁵.

Por consiguiente, nada se opone a que en desarrollo del principio legal de la libertad de prueba en la denominada acción pauliana concursal, inclusive la prueba indiciaria es un medio de convicción idóneo, adecuado y útil para acreditar los nexos familiares que se reprochan en estas acciones, ya que, al igual que en otros casos aceptados por la Corte Suprema de Justicia, en muchos eventos esta es la única vía para satisfacer la carga probatoria y suplir la dificultad de obtención de la prueba privilegiada del estado civil de las personas.

“Por contraste, dado el sigilo en que están empeñados, procuran que la luz no invada lo secreto, no dejar huella de su intención, abocando a los terceros a una prueba de difícil obtención, con tintes de proeza. *De ahí, que acudan, lo más, a la prueba indiciaria como única vía para satisfacer la carga probatoria que de cualquier manera pesa sobre sus hombros*; verdaderamente, con todo y que son terceros, están en el deber de aducir la prueba con que pretenden infirmar lo que se presume: la seriedad y sinceridad con que se conducen los sujetos de derecho. Necesidades de interés social así lo reclaman”. Sentencia 11 de junio de 1991, Rafael Romero Sierra. Jurisprudencia y Doctrina, Tomo 20 N° 236, agosto de 1991, página 651. (Resaltado fuera de texto).

7.2. Alcance y eficacia probatoria de la prensa escrita para acreditar el parentesco y/o la familiaridad de destacadas personalidades empresariales.

De acuerdo con la más reciente doctrina española sobre el valor probatorio de las informaciones periodísticas, cabe resaltar que si bien es cierto que en principio *«una noticia inserta en una publicación periodística no comporta sino una determinada percepción de una realidad externa que es percibida y trasladada por el profesional que en ella interviene»*, en determinados supuestos, de forma individualizada y caso por caso, pueden darse por acreditados datos recogidos por los medios de comunicación social cuando reflejan hechos incontrastados de conocimiento general o declaraciones de y sobre personalidades u organizaciones políticas que no han sido desmentidas ni cuestionadas en el proceso. Igualmente, conviene aclarar que los datos de juicio que pueden ser obtenidos de esta clase de publicaciones derivan estrictamente de aquellos contenidos que de modo objetivo son introducidos por el profesional, lo que de por sí excluye de valor probatorio a cualesquier juicio de valor incluido en la publicación.

Así mismo, es importante resaltar que *«son dos los elementos que permiten conceder virtualidad probatoria a las informaciones periodísticas: su aportación en el proceso por la parte actora y la falta de cuestionamiento por la demandada en el proceso»* que viene a equivaler a su admisión tácita, resultando innecesario el carácter extendido o masivo de los contenidos noticiosos, aquiescencia que adquiere mayor relevancia cuando además de

⁵ Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 15 de febrero del 2000, M.P. Carlos L. Jaramillo. Exp. 5438.

guardar silencio se utiliza el mismo medio de prueba empleado por el adversario procesal. De ahí que se acepte que la información periodística proporciona por lo menos un principio de prueba que, si no es desmentida o cuestionada en las oportunidades previstas en la ley, pasa a surtir plenos efectos probatorios.

Respecto de la pertinencia y utilización de informaciones periodísticas como medios de prueba se ha descartado cualquier infracción constitucional, no sólo por estimar que se trata de un elemento probatorio idóneo para acreditar y dar certeza sobre las conductas y actividades de personalidades u organizaciones políticas, sino porque la Ley de Enjuiciamiento de ese país no contiene una lista tasada o completamente cerrada de los medios de prueba legítimos, ya que por el contrario en dicha ley se admite también la presencia de cualesquiera otros que pudieran conformar el juicio de los Jueces o Tribunales, debido a que en cuanto a los medios de prueba se optó por un sistema de *numerus apertus*.

Desde este punto de vista se ha concluido que no existe ningún impedimento para utilizar las informaciones periodísticas como medio de prueba, aun si no se las considerara prueba documental o, en su caso, testifical, sino que se les otorgase naturaleza propia, pues para considerar medio de prueba lo publicado en un periódico basta que sea hábil o apto para satisfacer la finalidad fijada en el artículo 299.3 LEC: dar "*certeza sobre hechos relevantes*"⁶.

En el campo del derecho de la competencia la doctrina venezolana también se ha ocupado de examinar el valor probatorio de las copias y originales del material informativo de los diarios, videos, e incluso de los CD Rom y las páginas web, con base en la sentencia del 15 de marzo de 2000 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de ese país, en la que se reconoció que con el auge de la comunicación escrita, mediante periódicos o por vías audiovisuales, en el mundo actual se ha generado la presencia de un hecho distinto al "*hecho notorio*", conocido como el "*hecho publicitario*", que en principio puede o no ser cierto, pero que cuya certeza se consolida cuando el hecho no es desmentido a pesar que ocupa un espacio reiterado y uniforme en los medios de comunicación social en los que se publicita como cierto, afianzamiento que se concreta cuando concurren los siguientes requisitos: 1) que se trate de un hecho, no de una opinión o un testimonio, sino de un evento reseñado por el medio como noticia; 2) que su difusión sea simultánea por varios medios de comunicación social escritos, audiovisuales o radiales; 3) que el hecho no resulte sujeto a rectificaciones, a dudas sobre su existencia, a presunciones sobre la falsedad del mismo, que surjan de los mismos medios que lo comunican, o de otros; 4) que los hechos sean contemporáneos para la fecha del juicio o la sentencia que los tomará en cuenta.

En los procesos que se ventilan ante la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia del país vecino, se ha sostenido que el anterior criterio jurisprudencial es vinculante por mandato constitucional y por tanto, la información que no cumpla con los cuatro caracteres mencionados se debe considerar solamente como hechos referenciales con valor de simples indicios, valor que se le ha atribuido especialmente a los documentos extraídos de las páginas web porque según esa Superintendencia no pueden ser considerados documentos públicos o privados ni reconocidos o tenidos legalmente por reconocido⁷.

⁶ España, Sentencias del 27 de marzo de 2003 y 26 de marzo de 2005 del Tribunal Supremo y del 16 de enero de 2004 del Tribunal Constitucional de España.

⁷ Venezuela, Resolución N° SPPLC/0021–2002 del 06 de agosto de 2002 de la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia de la República Bolivariana de Venezuela.

Al igual que la Ley de Enjuiciamiento Civil de España, el artículo 175 del C.P.C. colombiano no contiene una lista cerrada de los medios de prueba legítimos, pues además de los siete (7) medios que se enuncian en dicha norma, por expreso mandato legal sirve como prueba cualquier otro que sea *“útil para la formación del convencimiento del juez”*, quien está facultado para practicar las pruebas no previstas en el Código de acuerdo con las disposiciones que regulen medios semejantes o conforme a su prudente juicio.

El Consejo de Estado colombiano concluyó que si bien es cierto que las informaciones publicadas en diarios no puede ser considerada dentro de un proceso como una prueba testimonial por carecer de los requisitos esenciales que identifican ese medio probatorio, en particular porque no son suministradas ante un funcionario judicial, no son rendidos bajo la solemnidad del juramento y el comunicador no da cuenta de la razón de la ciencia de su dicho por tener derecho a reservarse sus fuentes; *“los artículos de prensa pueden ser apreciados como prueba documental que da certeza de la existencia de las informaciones”*, aunque no necesariamente de la veracidad de su contenido, publicaciones que pueden ser consideradas como pruebas documentales que demuestran el interés de los redactores de los diarios en un tema específico y que pueden dar cuenta de *“hechos notorios”*⁸.

En el campo del derecho de la competencia colombiano es conocido el caso que por propaganda y publicidad desleal inició Frisby Ltda. contra Pinky S.A. en el que las conductas denunciadas se ejecutaron a través de una profusa difusión en emisoras y periódicos regionales que consecuentemente fueron aportados al expediente y estudiados en conjunto con las demás pruebas practicadas en las dos instancias y en el recurso de casación que desató el único cargo formulado consistente en el quebranto indirecto de algunas normas del Código de Comercio a consecuencia de los evidentes errores fácticos cometidos en la apreciación de la demanda y su respuesta, y de las pruebas. En este caso, aunque las autoridades judiciales plantearon argumentos encontrados respecto de la interpretación del contenido de la información de los anuncios publicados, existió un consenso unánime y tácito sobre la viabilidad de tener a los periódicos como pruebas comunes y corrientes que no demandan ninguna precisión especial, pues las partes, el Juez 3º Civil del Circuito Especializado de Medellín, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín y la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia se abstuvieron de plantear cuestionamientos o restricciones respecto de la utilización de las informaciones periodísticas como medio de prueba⁹.

De otro lado, el profesor José Fernando Ramírez Gómez, al enunciar las múltiples especies de documentos privados, concluye que de acuerdo con la llamada concepción funcional que acerca del medio documental consagra la legislación procesal colombiana, tienen cabida no solamente los clásicos documentos escritos, sino también todas aquellas expresiones originadas por la tecnología moderna sin importar los signos de la representación y mucho menos el material donde ésta se refleja, expresiones dentro de las cuales, para el análisis que se viene haciendo, sobresale la información de los medios de comunicación tradicionales y los emanados de la Era del ciberespacio. Igualmente, al repasar la clasificación de los documentos este tratadista destaca que desde el punto de vista de su contenido los *“documentos declarativos”* comportan o contienen una manifestación o declaración de voluntad de su creador, otorgante o suscriptor, y que de

⁸ Colombia, Consejo de Estado, Sentencias del 15 de junio y 10 de noviembre de 2000, M.P. Doctor Ricardo Hoyos Duque, expedientes 13338 y 18298.

⁹ Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 12 de septiembre de 1995, M.P. Doctor Nicolás Bechara Simancas, expediente 3939.

acuerdo con su función una subclasificación de estos instrumentos son los “*documentos informativos*” que apenas dejan constancia de un hecho como las historias clínicas o la información sobre un desarrollo cronológico¹⁰.

La tesis de adquisición de plenos efectos probatorios de los periódicos allegados al proceso como consecuencia de su admisión tácita por la falta de cuestionamiento, en Colombia cuenta con un respaldo expreso del legislador. En efecto, respeto del valor probatorio de los documentos privados de contenido o naturaleza simplemente declarativa emanados de terceros, como una carta, un recibo, un paz y salvo, una cotización, o en fin “*cualquier documento proveniente de un tercero que contenga una información o declaración de su voluntad*”, el profesor José Fernando Ramírez Gómez hace notar que a partir de la entrada en vigencia del artículo 10-2 de la Ley 446 de 1998, el Juez debe apreciar estos documentos sin necesidad de que el tercero ratifique su contenido, salvo que la parte contraria lo solicite, pues si la parte contra la cual se hace valer el documento no reclama su ratificación admite por sí solo la valoración por parte del Juez, porque “*el silencio viene a otorgarle a dicho documento la autenticidad de que eventualmente pudiera carecer, o sea la certeza sobre la autoría del documento, y con ella la viabilidad de la apreciación, autenticidad que apareja la presunción de veracidad, o sea que el contenido del documento es cierto y veraz*”, siempre que su aducción haya sido regular y oportuna, lo cual no significa que el documento adquiera una fuerza probatoria indiscutible, porque el mismo debe apreciarse en conjunto con las otras pruebas y de acuerdo con las reglas de la sana crítica que bien pueden desvirtuar la presunción de su veracidad¹¹.

Por consiguiente, en Colombia tampoco existe ningún reparo constitucional, legal y jurisprudencial para que las informaciones periodísticas sean tenidas como medios probatorios idóneos para acreditar y dar certeza sobre hechos, conductas y actividades, especialmente, de destacadas personalidades y reconocidas organizaciones económicas, políticas y sociales, quienes por su condición pública están expuestas a que sus datos, incluso su información personal y familiar, adquieran la calidad de “*hechos notorios*”, de “*público conocimiento*”, o de “*dominio público*”, debido a su difusión a través de los medios de comunicación de reconocido prestigio y de amplia circulación regional o nacional.

No está de más recordar que respecto de la noción de “*hecho notorio*” la Corte Constitucional señaló que Ugo Rocco define el hecho notorio como aquel “*que por su general y pública divulgación, no puede ser ignorado por ninguno, o que debe ser conocido por todos*”; que para Eugenio Florián “*es notorio un hecho que lo conoce la mayor parte de un pueblo, de una clase, de una categoría, de un cúmulo de personas*”; y que conforme a esa doctrina generalizada, “*hecho notorio es, pues, aquel cuya existencia puede invocarse sin necesidad de prueba alguna, por ser conocido directamente por cualquiera que se halle en capacidad de observarlo*”. Asimismo, cabe resaltar que por su parte, el profesor Jairo Parra Quijano sostiene que “*hecho notorio es aquel conocido por personas de mediana cultura, dentro de un determinado conglomerado social, en el tiempo que se produce la decisión y que es conocido por el Juez, razón por la cual no se requiere que el conocimiento sea universal, que todos lo hayan presenciado, ni que sea permanente*”¹².

¹⁰ Ramírez Gómez, José Fernando, *La Prueba Documental*, Teoría General, 7ª edición, Señal Editora, 2000, pp. 61-62.

¹¹ Ramírez Gómez, José Fernando, *La Prueba Documental*, Teoría General, 7ª edición, Señal Editora, 2000, pp. 113-120.

¹² Colombia, Auto del 2 de octubre de 1997. M.P. Carlos Gaviria Díaz; y Parra Quijano, Jairo, *Manual de Derecho Probatorio*, 12ª edición, Ediciones Librería del Profesional, 2002, p. 132.

7.3. Desplazamiento de la carga de la prueba cuando los medios para acreditar el parentesco y/o la familiaridad son de difícil obtención.

Marcelo J. López Mesa resalta que para el derecho tradicional era un principio invariable que las partes tienen la carga de aportar la prueba de sus afirmaciones o, en caso contrario, soportar las consecuencias de omitir ese imperativo del propio interés, dogma que estaba excesivamente influenciado por la consideración del proceso como un combate judicial. Igualmente, recalca que debido a que las partes no son las únicas interesadas en arribar a la verdad real, finalmente se aceptó que esta regla necesariamente debía contemplarse con un criterio flexible que permitió el surgimiento de la doctrina de las cargas probatorias dinámicas, según la cual el peso de la prueba está en cabeza de la parte que por su situación se halla en mejores condiciones de acercar prueba a la causa, sin importar si es actor o demandado, pues en virtud del principio de la buena fe en su vertiente procesal hay datos de hecho fáciles de probar para una de las partes que, sin embargo, pueden ser o resultar de difícil acreditamiento para la otra.

Específicamente en el ámbito del negocio simulado la jurisprudencia argentina ha hecho un uso intenso de esta herramienta, al considerar que la atribución del carácter de simulado a un negocio provoca un desplazamiento de la carga probatoria entre actor y demandado, de modo dinámico, atendiendo a la mejor posibilidad de uno y otro de probar, puesto que esta doctrina exige que quien aparece vinculado a un negocio reputado fraudulento o simulado no puede permanecer impasible o a la defensiva, sino que debe colaborar con el órgano judicial para despejar toda duda, contribuyendo decisivamente a acreditar el carácter real y no simulado de la operación¹³.

En Colombia, el maestro Jairo Parra Quijano resalta que la Corte Suprema de Justicia colombiana, al referirse a la simulación y a las pruebas de difícil obtención, ha concluido que cuando una parte tiene que realizar proezas para lograr una prueba, la carga de la prueba le corresponde a la parte que le sea más fácil probar, por ser ésta la llamada a desahogar la "carga" y a hacer posible que el derecho a la prueba de la otra parte no sea retórica, sino realidad, pues exigir proezas, para que una parte consiga la prueba, equivale a negarle el derecho a la prueba. Al respecto, el profesor José Fernando Ramírez Gómez hace notar que al reglamentar lo atinente con la carga de la prueba en el proceso civil colombiano, el artículo 177 del C.P.C. estatuye que al actor le corresponde demostrar los supuestos de hecho en los cuales funda su pretensión y al demandado las circunstancias fácticas en que finca su excepción, pero que como el Código abolió el sistema dispositivo en materia probatoria al autorizar al Juez para decretar pruebas de oficio, autorización que al entender de la Corte Suprema es un verdadero deber, resultó consagrado un efectivo poder-deber que con creces supera la auto responsabilidad de las partes, porque, a decir verdad, *"si el compromiso del juez está con el encuentro de la llamada verdad histórica, no se ve por qué razón éste en un*

¹³ La doctrina de la carga dinámica de las pruebas se puede sintetizar así: "a) Las partes carecen del derecho de permanecer ensimismadas en el proceso, escudándose en una cerrada negativa de las alegaciones de la contraria. b) La carga de la prueba puede recaer en cabeza del actor o del demandado según fueren las circunstancias del caso y la situación procesal de las partes. c) La carga de la prueba no depende solamente de la invocación de un hecho, sino de la posibilidad de producir la prueba. d) La superioridad técnica, la situación de prevalencia o la mejor aptitud probatoria de una de las partes o la índole o complejidad del hecho a acreditar en la *litis*, generan el traslado de la carga probatoria hacia quién se halla en mejores condiciones de probar". López Mesa, Marcelo J. La carga de la prueba en ciertos casos de responsabilidad civil (La doctrina de las cargas probatorias dinámicas en la jurisprudencia argentina y española).

momento dado no pueda suplir la inactividad de las partes en materia de pruebas, a fin de tomar una decisión que realmente dé vigencia y eficacia al derecho sustancial”¹⁴.

Específicamente en el ámbito de los negocios simulado y pauliano es claro que los terceros legitimados para incoar estas acciones se enfrentan, por regla general, a un alto nivel de dificultad para obtener, por ejemplo, la prueba privilegiada del estado civil de las personas que participaron en los negocios investigados, obstáculo que se torna mayor cuando los comerciantes comprometidos en los actos sospechosos son nacidos con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 92 de 1938 en alejados y pequeños pueblos de la extensa geografía del país; y cuando los archivos oficiales relacionados con el registro civil de las personas no siempre están debidamente actualizados, circunstancia que justifica el desplazamiento de la carga probatoria entre actor y demandado, de modo dinámico, atendiendo a la mejor posibilidad de uno y otro de aportar la prueba privilegiada del estado civil, puesto que como se vio esta doctrina exige que quien aparece vinculado a un negocio reputado fraudulento o simulado no le es dable permanecer impasible o a la defensiva, sino que debe colaborar con el órgano judicial para despejar toda duda.

¹⁴ Parra Quijano, Jairo, *Manual de Derecho Probatorio*, 12ª edición. Ediciones Librería del Profesional, 2002, p. 187; y Ramírez Gómez, José Fernando, *La Prueba Documental, Teoría General*, 7ª edición, Señal Editora, 2000, pp. 38-39.

LIBRERÍA EDICIONES DEL PROFESIONAL LTDA.

© Librería Ediciones del Profesional Ltda.
Calle 12, No. 5-24, Tel. 2433482, Bogotá, D.C., Colombia,
Dirección Postal
Instituto Colombiano de Derecho Procesal
Calle 67, No. 4A-09, Tel. [3104406](tel:3104406) - Fax. [3104489](tel:3104489)
Bogotá, D.C., Colombia,

Hecho el depósito que exige la ley.
Impreso en EDITORIAL ABC.
ISSN 0123-2479

Queda prohibida la reproducción parcial o total de este libro, por medio de cualquier proceso, reprográfica o fónica, especialmente por fotocopia, microfilme, offset omimeógrafo.

Esta edición y características gráficas son propiedad de librería ediciones del profesional Ltda.