



RAMA JUDICIAL  
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ  
BOLETÍN 10 DE 15 DE JUNIO DE 2013

**1. PROVIDENCIAS DE INTERÉS DE ESTA CORPORACIÓN**

**1.1. 1**

**Sala de Familia**

**Problema jurídico por resolver.** La Sala se centra en verificar de un lado si los bienes muebles objeto de las medidas cautelares estaban enlistados dentro de los inembargables y del otro lado, si era el recurso de reposición el medio idóneo para solicitar la revocatoria de ellas o el trámite incidental, toda vez que no se encontraban consumadas,

**LOS ELECTRODOMÉSTICOS DE USO DIARIO NO SON BIENES Suntuarios, POR LO TANTO, SON INEMBARGABLES.**

Descendiendo al caso en estudio se tiene, que el juez de conocimiento decretó el embargo y secuestro de todos los bienes relacionados por el demandado en su escrito, sin percatarse de que la calidad de algunos de ellos los hacía inembargables a la luz de las normas anteriormente transcritas, como bien lo manifestó el apelante en su escrito, razón por la cual sobre los mismos deberá revocarse el auto que decretó la medida cautelar. (...)

**a) Antecedentes**

Mediante memorial visible a folio 65 del cuaderno N° 1 de copias, el apoderado judicial de la parte demandada, solicitó el embargo y posterior secuestro de los bienes muebles que a continuación se relacionan, y que se encuentran ubicados en la Calle 31 N° 3<sup>a</sup> - 13, Apartamento 201 de esta ciudad, los cuales dijo forman parte del haber de la sociedad conyugal:

Un juego de sala en tela yacar de flores con fondo rosado, compuesto de un sofá de tres puestos, dos poltronas y una silla, una mesa de centro y una mesa auxiliar, ambas de madera color café y vidrio.

Un juego de comedor, compuesto de una mesa en madera color café, ovalada, con vidrio protector de 5mm., seis sillas en madera color café y tela yacar con flores y fondo rosado, y un bifé con base en madera con dos compartimentos a los lados y tres cajones al centro, y en la parte superior con tres compartimentos en vidrio y madera.

Un juego de alcoba con una cama doble en madera color café, dos mesas de noche en madera con tres cajones y vidrio protector, un tocador en madera color café con espejo, tres cajones centrales y dos laterales y su respectivo butaco.

Un televisor a color con control remoto de 29 pulgadas, color gris, marca Sony - Vega, con su respectiva mesa.

Un televisor a color con control remoto de 14 pulgadas, color negro, marca Panasonic.

Un VHS con control remoto, color negro, marca Panasonic.

Una estufa a gas marca Haceb, con cuatro fogones a gas y horno eléctrico, color rojo.

- a) Una vajilla marca Corell, de flores, de seis puestos.
- b) Una nevera marca Icasa de doce pies, color amarillo.
- c) Una lavadora marca Centrales, color beige, de 18 libras.
- d) Una licuadora marca Oster, con base metálica plateada y vaso de vidrio.
- e) Una grabadora, color negro, marca Sony, con radio casetetera y CD, y dos bafles separables.
- f) Un cordón tejido en oro de 18 kilates, de 20 gramos de peso aproximadamente que acostumbraba usar el demandado señor RAFAEL OCTAVIO CARDOZO, el que no pudo sacar debido a la premura con que le tocó desalojar su hogar y que la demandante se niega a devolver.
- g) Un teléfono inalámbrico, color blanco, marca Panasonic, con contestador incorporado.
- h) Un teléfono de base fija, color beige, marca General Electric.

### **b) Los Hechos**

Por auto de fecha 21 de enero del año 2.005, el juez de conocimiento, atendiendo a lo dispuesto por el art. 691 del C. de P. Civil, decretó el secuestro de los anteriores bienes, para lo cual comisionó con amplias facultades, al señor Juez Civil Municipal, Reparto, de esta localidad (folio 68 del cuaderno N° 1 de copias).

### ***DE LA APELACIÓN***

Por no estar de acuerdo con la anterior determinación, el apoderado judicial de la parte actora interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación para que se revoque el auto por medio del cual se decretó el secuestro de los bienes relacionados, manifestando que los bienes sobre los cuales recae la medida cautelar, son de uso personal necesario de la demandante y sus menores hijos, tal como lo dispone el inciso final del artículo 1975 del Código Civil.

Aclaró frente al cordón relacionado en la petición elevada por el demandado, que éste lo dejó empeñado en la ciudad de Cartagena hace más de 6 años, según información dada por la señora Martha Jeanet Pulido.

Negada la reposición por el juez a quo el 14 de febrero del año en curso, al considerar que la impugnación no es el medio idóneo para solicitar que se levanten las medidas cautelares, sino que lo es el trámite incidental, según el numeral cuarto del art. 691 del C. de P. Civil, se concedió el recurso interpuesto como subsidiario ante esta Corporación.

### **c) Consideraciones**

**Como es sabido, a** “Las medidas cautelares, se les ha concebido como actos o instrumentos propios del proceso, mediante los cuales el juez está en condiciones de adoptar las medidas necesarias, en orden a garantizar la satisfacción de un

derecho material, o para su defensa a lo largo del proceso. Tienen entonces, un carácter típicamente instrumental y provisional, en cuanto a su vigencia, aunado a su naturaleza jurisdiccional, respecto del acto del juez conductor del proceso". (*Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, de septiembre 28 de 1995.*).

Así, el legislador en el art. 691 del C. de P. Civil, autorizó a cualquiera de las partes en los procesos como el que ocupa la atención de la Sala, para solicitar el embargo y secuestro de los bienes que puedan ser objeto de gananciales, y que estuvieren en cabeza de la otra.

Sin embargo, el mismo legislador determinó en varias normas, cuales bienes son inembargables dadas sus características, como es el caso de los siguientes:

**Artículo 1677 del Código Civil:** "La cesión comprenderá todos los bienes, derechos y acciones del deudor, excepto los no embargables.

**"No son embargables:**

**1. Subrogado. L. 11/84, art. 3º. No es embargable el salario mínimo legal o convencional.**

**2. El lecho del deudor, el de su mujer, los de los hijos que viven con él y a sus expensas, y la ropa necesaria para el abrigo de todas estas personas.**

**3. Los libros relativos a la profesión del deudor, hasta el valor de doscientos pesos y a la elección del mismo deudor.**

**4. Las máquinas e instrumentos de que se sirve el deudor para la enseñanza de alguna ciencia o arte, hasta dicho valor y sujetos a la misma elección.**

**5. Los uniformes y equipos de los militares, según su arma y grado.**

**6. Los utensilios del deudor artesano o trabajador del campo, necesarios para su trabajo individual.**

**7. Los artículos de alimento y combustible que existan en poder del deudor, hasta concurrencia de lo necesario para el consumo de la familia, durante un mes.**

**8. La propiedad de los objetos que el deudor posee fiduciariamente.**

**9. Los derechos cuyo ejercicio es enteramente personal, como los de uso y habitación".** (Se subraya para resaltar).

Artículo 1795 del Código Civil: "**Toda cantidad de dinero y de cosas fungibles, todas las especies, créditos, derechos y acciones que existieren en poder de cualquiera de los cónyuges al tiempo de disolverse la sociedad, se presumirán pertenecer a ella, a menos que aparezca o se pruebe lo contrario.**

(...)

**Sin embargo, se mirarán como pertenecientes a la mujer sus vestidos, y todos los muebles de uso personal necesario".**  
(Subrayado fuera de texto)

Artículo 684 del Código de Procedimiento Civil: "**Bienes inembargables. Además de los bienes inembargables de conformidad con leyes especiales, no podrán embargarse:**

1. **Los de uso público.**

**2. Los destinados a un servicio público cuando éste se preste directamente por un departamento, una intendencia, una comisaría, un distrito especial, un municipio o un establecimiento público, o por medio de concesionario de éstos; pero es embargable hasta la tercera parte de los ingresos del respectivo servicio, sin que el total de embargos que se decretén exceda de dicho porcentaje.**

(...)

**10. Los utensilios de cocina y los muebles de alcoba que existan en la casa de habitación de la persona contra quien se decretó el secuestro, y las ropas de la familia que el juez considere indispensables, a menos que el crédito provenga del precio del respectivo bien.**

**11. Los utensilios, enseres e instrumentos necesarios para el trabajo individual de la persona contra quien se decretó el secuestro, a juicio del juez, con la salvedad indicada en el numeral anterior.**

**12. Los artículos alimenticios y el combustible para el sostenimiento de la persona contra quien se decretó el secuestro y de su familia durante un mes, a criterio del juez.**

(...)

El tratadista Hernán Fabio López Blanco, en su libro Procedimiento Civil, Parte Especial, Ed. Dupré, Pág. 893 dice, que "**Por diversas consideraciones, como la protección de la cosa pública, el evitar perjuicios a la comunidad, reconocer el valor afectivo de ciertos bienes o privar a un ejecutado de lo estrictamente necesario para una decorosa subsistencia, el art. 684 que desarrolla lo señalado en el artículo 1677 del C.C., prevé catorce hipótesis de bienes inembargables, advirtiéndose que no son las únicas, porque la norma apenas hace una enumeración y que otras leyes especiales también dan carácter de inembargable a ciertos bienes.**

(...)

"**El num. 10 del art. 684 menciona como inembargables los 'utensilios de cocina' y los muebles de alcoba, las ropas de la familia que el juez considere indispensables, salvo que el crédito provenga del respectivo bien. Respecto a la expresión 'muebles de cocina', se debe destacar que la norma comprende los bienes estrictamente necesarios para la preparación de los alimentos, por ejemplo ollas, sartenes, cubiertos, etc., pero no ciertos objetos como lavaplatos eléctricos, hornos microondas, congeladores, licuadoras, ayudantes de cocina, etc., pues la finalidad del artículo (que el deudor conserve lo necesario para la adecuada preparación de sus alimentos), es ajena a toda idea de lujo, excesiva comodidad o simple ornato, circunstancia que también puede predicarse de la expresión muebles de alcoba, para el caso de los televisores o aparatos de video. En fin, es el**

*juez quien con su prudente criterio y de acuerdo con las pautas que le marca la disposición debe definir en cada caso concreto”.*

En aplicación de la doctrina y de las normas anteriormente transcritas es claro que en el presente asunto, y por tener algunos muebles, el carácter de uso personal necesario de la actora y otros por estar enlistados expresamente por la ley como inembargables, esta Sala considera que no ha debido decretarse el embargo y posterior secuestro sobre los siguientes bienes relacionados por el señor Rafael Octavio Cardozo Cubiles en su escrito:

Sobre los anteriores bienes precisa la Sala, que efectivamente, todos y cada uno de ellos se enmarcan dentro de las pautas establecidas por el legislador para que el juez según su criterio, decida sobre cuáles de los que se pide la medida cautelar es procedente embargar y secuestrar, ya que algunos de los relacionados, como la sala, el comedor y la alcoba, deben entenderse como bienes de uso personal necesario de la actora, y los demás, son utensilios o muebles de cocina que esta Corporación considera necesarios para la preparación de los alimentos que requiere toda persona para su normal sostenimiento, en este caso, el de la actora y sus hijos, y sobre los cuales se advierte, que si bien en épocas pretéritas algunos de ellos fueron considerados como artículos de lujo, como es el caso de la nevera, licuadora y la lavadora, bajo las actuales circunstancias de vida ya no pueden considerarse así, pues son parte integral de lo indispensable para el sostenimiento de la familia, al punto por ejemplo que la lavadora, no es hoy un artículo suntuario, pues existen construcciones modernas de apartamentos que no tienen los lavaderos de antaño, por lo que este bien se ha convertido a nuestro juicio, en un bien necesario de uso personal.

Así entonces, no ha debido decretarse la medida cautelar sobre los bienes anteriormente mencionados.

Por último precisa la Sala, frente a los argumentos esgrimidos por el juez a quo al momento de resolver el recurso de reposición, que en este caso sí era el recurso de reposición el medio idóneo para solicitar la revocatoria de la medida cautelar, pues el trámite incidental de que habla el art. 691 del C. de P. Civil, se refiere al evento en que las medidas cautelares ya se encuentren practicadas, caso en el cual sí deberá acudirse al correspondiente incidente para lograr el levantamiento de la medida, lo que no sucedió en este asunto, en el que la medida decretada aún no se encuentra consumada, pues fue recurrido su decreto.”. (...)

**FUENTE NORMATIVA :** ARTÍCULOS 684 y 691 del C.P.C.  
: ARTÍCULOS 1677, 1795 y 1975 del C.C.  
: ARTÍCULO 3º LEY 11/84  
| : Sent. 6 de febrero de 1997 Corte Suprema de Justicia  
: Sent. 28 de septiembre de 1995 Corte Suprema de Justicia  
: LÓPEZ Blanco Hernán Fabio, “PROCEDIMIENTO CIVIL PARTE ESPECIAL”.  
: Ed. Dupré, Pág. 893

**FECHA** : 2006-03-1°  
**PROCESO** : LIQUIDACIÓN DE SOCIEDAD CONYUGAL (APELACIÓN AUTO)  
**PONENTE** : Dr. JAIME HUMBERTO ARAQUE GONZÁLEZ  
**DEMANDANTE** : MARTHA JEANET PULIDO DELGADO  
**DEMANDADO** : RAFAEL OCTAVIO CARDozo CUBIDES  
**RADICACIÓN** : 11001 31 10 010 2004 00216 02 -5434  
**DECISIÓN** : CONFIRMA AUTO

## 1.2. 2

**Problema jurídico por resolver.** La Sala se centra en verificar si debió ser en el traslado del inventario el momento en que debió manifestarse la objeción ahora interpuesta de exclusión de bienes lo que no sucedió en el asunto, pues el inventario y avalúo fue aprobado sin objeción alguna de las partes, especialmente sin objeción del señor Carlos Alfonso Vásquez,

**“DEL ANÁLISIS DE LOS ANTERIORES ACTOS Y LAS FECHAS DE SU REALIZACIÓN ADVIERTE LA SALA, QUE LA VENTA DE LOS BIENES QUE ADUCE EL SEÑOR CARLOS ALFONSO VÁSQUEZ COMO FUNDAMENTO PARA OBJETAR LA PARTICIÓN CON EL FIN DE QUE SE EXCLUYAN LOS BIENES, SE HIZO CON POSTERIORIDAD A LA DISOLUCIÓN DE LA SOCIEDAD CONYUGAL PERO CON ANTERIORIDAD A LA FECHA DE LA REALIZACIÓN DE LA AUDIENCIA DE INVENTARIO Y AVALÚOS (REALIZADA EL 24 DE NOVIEMBRE DE 2008), POR LO QUE DEBIÓ SER EN EL TRASLADO DEL INVENTARIO EL MOMENTO EN QUE DEBIÓ MANIFESTARSE LA OBJECIÓN AHORA INTERPUESTA, LO QUE NO SUCEDIÓ EN EL ASUNTO, PUES EL INVENTARIO Y AVALÚO FUE APROBADO SIN OBJECIÓN ALGUNA DE LAS PARTES, ESPECIALMENTE SIN OBJECIÓN DEL SEÑOR CARLOS ALFONSO VÁSQUEZ, QUIEN PARA LA FECHA DE LA AUDIENCIA YA TENÍA PLENA CONCIENCIA DE HABER REALIZADO LOS ACTOS DE VENTA SOBRE SUS BIENES. ESTE ES UNO DE LOS MOTIVOS POR LOS QUE NO SERÁ PROCEDENTE ACCEDER A LAS PRETENSIONES DEL RECURSO DE APELACIÓN. (...)”**

Además de lo anterior, advierte esta Sala, que los bienes objeto de estudio pertenecen a la sociedad conyugal pese a que el ex cónyuge los enajenó, pues habiendo sido vendidos con posterioridad a la disolución de la sociedad, éste incurrió en una venta de cosa ajena, por lo que los inmuebles deben quedar incluidos en la masa partible tal como lo ordenó el Juez de Conocimiento en la providencia atacada. (...)

### a) Antecedentes

En audiencia llevada a cabo el 15 de julio de 2004 (ver folios 48 y 49 del cuad. 1), se profirió sentencia mediante la cual se decretó la separación de bienes de los señores Ana Elina Cagua Vásquez y Carlos Alfonso Vásquez.

### b) Los Hechos

Por auto de fecha 1º de diciembre de 2008 (folio 112 cuad. 2), se ordenó correr traslado del inventario y avalúos y sin que se presentara objeción, el mismo fue aprobado mediante proveído del 13 de febrero de 2009 (folio 114 cuad. 2).

Mediante providencia del 10 de junio de 2009, se decretó la partición (folio 123 cuad. 2).

A folios 131 al 169 del cuaderno 2, obra el trabajo de partición del cual se corrió traslado por auto de 16 de octubre de 2009.

Mediante escrito que obra a folios 4 al 7 del cuaderno 5, el apoderado judicial del señor Alfonso Vázquez presentó objeción a la partición, fundando la misma en los siguientes aspectos:

- a) Que el inmueble identificado con la matrícula inmobiliaria No. 50C-574576, relacionado en el acápite denominado antecedentes con el número 9.1.1. de la partición, no aparece al momento en que se realiza la misma, ni siquiera cuando se presenta el inventario y avalúos, en cabeza de ninguno de los ex cónyuges, pues en la anotación 13 aparece inscrita la venta que se hizo por parte de Carlos Alfonso Vásquez José Cagua a Bodegas Nacionales Ltda..
- b) Que en el numeral 9.1.3. se relacionó el inmueble distinguido con la matrícula inmobiliaria No. 50C-639720 y en la anotación número 2 consta que ese bien fue adjudicado al señor Carlos Alfonso Vásquez por sucesión, y por lo tanto, es un bien propio.
- c) Que al trabajo de partición le falta sustentación, “*en el sentido, que se tenga un único derecho de usufructo sobre un inmueble ubicado en la Cra. 75 B # 21-60 SUR...*” (sic) por valor de \$50.000.000.oo; cuando según el artículo 516 del C. de P.C. se tiene el avalúo catastral incrementado en el 50%, que el inmueble tiene un valor de \$41.041.500.oo, y por lo tanto el simple usufructo no puede ser igual al valor total.
- d) Que en la anotación No. 4 del inmueble distinguido con la matrícula inmobiliaria No. 357-29216, aparece la venta de José Joaquín Cagua y Alfonso Vásquez a Bernardo Suárez; por lo tanto, el bien no pertenece a ninguno de los ex cónyuges por lo que no se puede tener en cuenta en el trabajo de partición.
- e) Que en el inventario y avalúos no se relacionó pasivo alguno pero la partidora desconoció que a folios 19 y 20 del cuaderno 3, hay prueba fehaciente de que existe un pasivo.

7.- El a quo por auto del 19 de febrero de 2010 (folios 13 a 16 del cuad. 5), decidió la objeción declarando parcialmente fundadas las objeciones propuestas y ordenando a la partidora que rehiciera el trabajo de acuerdo a lo indicado en la parte motiva. Estudiada la providencia en comento se observa que

- a. Se negó la exclusión del inmueble distinguido con la matrícula inmobiliaria No. 50C-574576, porque ha debido solicitarse tal exclusión dentro del término del traslado del inventario, y porque dicho bien se desembargó por el trámite de la liquidación de la sociedad conyugal y no para que las partes pudieran disponer libremente del mismo.

- b. Se ordenó la exclusión del inmueble identificado con la matrícula inmobiliaria No. 50C-639720, porque los derechos fueron adquiridos por herencia.
- c. Se negó la modificación del avalúo que se le debe dar al inmueble ubicado en la carrera 57 B No. 21-60, porque esta situación debió debatirse en la diligencia de inventario y avalúos.
- d. Se negó la exclusión del inmueble distinguido con folio de matrícula inmobiliaria No. 357-29216, porque los derechos estaban en cabeza del excónyuge al momento de realizarse la diligencia de inventario y avalúo.
- e. No se aceptó la inclusión de pasivo, por no haber sido relacionado en la diligencia de inventario y avalúos.

#### ***DE LA APELACIÓN***

Por no estar de acuerdo con la anterior determinación, el apoderado del señor Carlos Alfonso Vásquez, interpuso recurso de apelación contra la citada providencia, fundamentando el mismo en que, si bien es cierto que omitió manifestar su inconformidad frente a los bienes inventariados y a los pasivos, también lo es que el juez debe efectuar un control de legalidad para prevenir y remediar los actos contrarios a la lealtad y buena fe.

En este caso fueron incluidos varios bienes que no obstante no figurar a nombre de los ex cónyuges o ser bienes propios, fueron tenidos en cuenta en la partición, por tanto opera la violación de la ley sustancial y procesal y si bien en primera instancia se accedió a la exclusión de un bien, debe acogerse la totalidad de la objeción.

Precisó que existe prueba del yerro en que incurrió el juzgado al aprobar el inventario sin la observancia y control de legalidad debidos y que así como el a-quo corrigió el error en cuanto a la exclusión de un bien propio, debió haberlo hecho respecto de los demás bienes objetados que no están a nombre de ninguno de los ex cónyuges, como aparece acreditado con los certificados de tradición y libertad correspondientes.

Alegó que el juzgado no puede basar su decisión en la circunstancia que al inicio del proceso los bienes pertenecían a los cónyuges y que se encontraban embargados, porque hubo solicitud de levantamiento de medidas elevada por las partes para hacer “*las gestiones y disponer de ellos*”; así, la demandante tenía las acciones legales para pedir las compensaciones necesarias si a su juicio consideraba que esos bienes fueron sacados de la sociedad con el fin de defraudarla, lo cual no fue planteado.

Finalmente adujo que en la partición se incluye un derecho de usufructo del inmueble con matrícula inmobiliaria No. 50S-1000767, cuando en los inventarios nunca se incluyó ese derecho, ya que se hizo fue enunciación del bien como tal y el avalúo fue sobre el “*cuerpo cierto*”, por lo que resulta excesivo el valor que se le da; además de que ese inmueble nunca ha estado en “*testa de los excónyuges*” (sic) .

### c) Consideraciones

En el presente caso, el apoderado judicial del señor Alfonso Vásquez presentó objeción para que se excluyera del inventario y avalúos ya aprobados, dos bienes inmuebles (folios de matrícula inmobiliaria Nos. 50C-574576 y 357-29216), los cuales dijo no se encuentran actualmente en cabeza de los cónyuges por haberse celebrado actos de venta sobre los mismos; exclusión a la que no accedió el Juez de Conocimiento, por no haberse realizado la solicitud dentro del término del traslado del inventario.

Como se anotó en los antecedentes de este fallo, la disolución de la sociedad conyugal conformada por las partes se produjo el día 15 de julio del año 2004; la diligencia de inventario y avalúos en el trámite de la liquidación se llevó a cabo el 24 de noviembre de 2008 y éstos fueron aprobados el 13 de febrero de 2009.

Por otra parte, consta en el certificado de tradición y libertad del inmueble con folio de matrícula inmobiliaria No. 50C-574576 que obra a folio 96 del cuaderno 2, en la anotación No. 12, que mediante escritura pública No. 1336 del 18 de abril de 2008 (aclarada por escritura pública No. 1758 de 21 de mayo de 2008), los señores José Joaquín Cagua Molina y Carlos Alfonso Vásquez (ex cónyuge en este proceso) vendieron el bien a Bodegas Nacionales Ltda.. Este inmueble había sido adquirido por los vendedores por acto de compraventa el día 18 de agosto del año 1995.

Así mismo, consta a folios 1 y 2 del cuaderno 5, y en la copia del respectivo certificado de tradición y libertad del inmueble identificado con matrícula 357-29216, en la anotación No. 4, que los señores José Joaquín Cagua Molina y Carlos Alfonso Vásquez (ex cónyuge), vendieron el bien mediante escritura pública No. 2933 de 10 de octubre de 2008 al señor Bernardo Suárez Illescas; bien que había sido adquirido por ellos el 6 de junio del año 2003.

Del análisis de los anteriores actos y las fechas de su realización advierte la Sala, que la venta de los bienes que aduce el señor Carlos Alfonso Vásquez como fundamento para objetar la partición con el fin de que se excluyan los bienes, se hizo con posterioridad a la disolución de la sociedad conyugal pero con anterioridad a la fecha de la realización de la audiencia de inventario y avalúos (realizada el 24 de noviembre de 2008), por lo que debió ser en el traslado del inventario el momento en que debió manifestarse la objeción ahora interpuesta, lo que no sucedió en el asunto,

pues el inventario y avalúo fue aprobado sin objeción alguna de las partes, especialmente sin objeción del señor Carlos Alfonso Vásquez, quien para la fecha de la audiencia ya tenía plena conciencia de haber realizado los actos de venta sobre sus bienes. Este es uno de los motivos por los que no será procedente acceder a las pretensiones del recurso de apelación.

Según el tratadista Pedro Lafont Pianetta, en su libro Derecho de Sucesiones, Tomo II, Sucesión Testamentaria y Contractual, Sexta Edición, Pág. 449, para que sea procedente la exclusión de un bien de la partición debe cumplirse además de lo dispuesto en el art. 605 del C. de P. Civil, con la condición de que *"dicho objeto se encuentre relacionado en el inventario y avalúo, esto es, se encuentre vinculado al proceso de sucesión mediante su inclusión en el inventario... En caso contrario no hay necesidad de su exclusión sino que lo más procedente es no incluirlo en el inventario, si aún no se ha hecho, ni relacionado en el inventario, para lo cual creemos que es suficiente que en la misma diligencia de inventario y avalúo se deje constancia y razones de su no inclusión, previa comprobación de la incertidumbre de su propiedad. Este fenómeno de exclusión de bien de la partición es diferente del de exclusión del inventario, la cual se tramita y resuelve en la facción, traslado y aprobación de dicho inventario, no solo procesalmente (tienen etapas y trámites diferentes) y por su objeto (el uno, exclusión del inventario; y el otro, exclusión de la partición) sino también por los requisitos exigidos (para la exclusión del inventario no se requiere la controversia judicial ordinaria que se exige para la exclusión de la partición). Sin embargo, no puede desconocerse su relación, ya que el inventario debidamente aprobado constituye una de las bases procesales y sustanciales de la partición, a la cual esta última no puede sustraerse. Pues bien, debido a esta relación las controversias de exclusión de bienes que se ventilen o puedan ventilarse en el inventario habrán de incidir en las controversias que sobre los mismos bienes se puedan presentar para su exclusión de la partición. Tal incidencia varía según las circunstancias que se hayan dado en la elaboración y aprobación del inventario, de tal manera que en unos casos la inclusión de bienes en el inventario no impide su exclusión posterior en la partición, en tanto que en otros sí, todo lo cual depende del comportamiento procesal que se haya adoptado en el proceso de sucesión. De allí que no haya obstáculo para relacionar un bien en dicha diligencia y solicitar posteriormente su exclusión, cuando precisamente no ha existido posibilidad de hacerlo, bien porque no consintiera (habiendo intervenido o no en el proceso de sucesión) o bien porque la causa fuera con posterioridad a la aprobación. Por consiguiente, estimamos que no es procedente la exclusión de bienes de la partición cuando habiendo intervenido el interesado en el inventario y avalúo no se opuso a su inclusión en dicho inventario, el cual le obliga dentro del proceso tanto para la referida etapa como para la partición posterior que en ella se basa. Sin embargo, ello no elimina el derecho del correspondiente interesado o de reclamar sus derechos por la vía ordinaria, pero sin la posibilidad de que tenga interés para solicitar su exclusión. Solamente ésta sería posible cuando la solicite otro interesado en la sucesión, por reconocimiento del conflicto o simple conveniencia"*. (Se subraya para resaltar).

Además de lo anterior, advierte esta Sala, que los bienes objeto de estudio pertenecen a la sociedad conyugal pese a que el ex cónyuge los enajenó, pues habiendo sido vendidos con posterioridad a la disolución de la sociedad, éste incurrió en una venta de cosa ajena, por lo que los inmuebles deben quedar incluidos en la masa partible tal como lo ordenó el Juez de Conocimiento en la providencia atacada.

En sentencia de fecha 25 de abril del año 1991, con ponencia del doctor Héctor Marín Naranjo, se expuso: “*Desaparecida la incapacidad civil de la mujer casada mayor de edad y la jefatura única de la sociedad conyugal por parte del marido, por virtud de la Ley 28 de 1932, tanto éste como aquélla hállanse facultados para administrar y disponer libremente de sus bienes entendiendo por tales los de su exclusiva propiedad y los que, a pesar de tener el carácter de gananciales, se radican en cabeza de uno o de otro. Porque, como lo interpretó la Corte desde 1937 ‘...la sociedad (conyugal) tiene, desde 1933, dos administradores, en vez de uno; pero dos administradores con autonomía propia, cada uno sobre el respectivo conjunto de bienes muebles e inmuebles aportados al matrimonio o adquiridos durante la unión, ya por el marido, ora por la mujer’ (G.J. t. XLV, Págs. 630 y ss.).*

*“Esta facultad de administrar y de disponer libremente se ve recortada cuando la sociedad se disuelve; a partir de este evento, cada uno de los esposos sólo puede disponer de los bienes que sean suyos exclusivamente, desde luego que en nada los afecta la disolución de la sociedad. Por este hecho, emerge la indivisión o comunidad de gananciales, y mientras perdure este estado, o sea, entretanto se liquide y se realicen la partición y la adjudicación de bienes, cada cónyuge pierde la facultad que tenía de administrar y de disponer libremente de los bienes sociales. El desconocimiento de esta situación, o sea, el que por uno de los cónyuges se venda un bien que tiene la condición social, puede dar lugar al fenómeno de la venta de cosa ajena, como reiteradamente lo ha expuesto la jurisprudencia de la Corte”* (Lo subrayado fuera de texto).

Por otra parte, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, Magistrado Ponente: Manuel Isidro Ardila Velásquez, en sentencia de fecha 16 de diciembre de 2003 expuso sobre el tema: “...desde luego que es a su disolución cuando cada cónyuge pierde la facultad de administrar y disponer de los bienes y sería entonces y no antes cuando surgiría eventualmente su obligación de restituirlos a la masa social, de suerte que apenas en ese momento se concretaría respecto de ella esa pretendida sustracción

*“De allí que la Corte haya enfatizado que la facultad de administrar y disponer libremente sólo se ve recortada al disolverse la sociedad, que es por este hecho que ‘emerge la indivisión o comunidad de gananciales, y mientras perdure ese estado, o sea, entretanto se liquide y se realicen la*

*partición y adjudicación de bienes, cada cónyuge pierde la facultad que tenía de administrar y disponer libremente de los bienes sociales. El desconocimiento de esta situación, o sea, el que por uno de los cónyuges se venda un bien que tiene la condición de social (...), puede desencadenar la sanción contemplada por el artículo 1824 del código civil ..." (Cas. de 25 de abril de 1991). Antes, pues, de dicha disolución no cabe la sanción que se comenta, la que, como tal, como sanción, es de aplicación restrictiva".*

De suerte que, disuelta la sociedad conyugal cada uno de los cónyuges solo puede disponer libremente de los bienes propios". (...)

FUENTE NORMATIVA	: ARTÍCULO 605 del C.P.C.
	: ARTÍCULO 1824 del C.C.
	: LEY 28 DE 1932
	: Sent. Corte Suprema de Justicia, de 25 de abril de 1991 M.P. Héctor
	: Marín Naranjo.
	: G.J.T. XLV, Págs. 630 y ss.
	: Sent, 25 de abril de 1991
	: LAFONT Pianeta Pedro, " DERECHO DE SUCESIONES", Tomo II
	: Octava Edición, Librería del Profesional, Bogotá, 2008
FECHA	: 2011-11-21
PROCESO	: LIQUIDACIÓN DE SOCIEDAD CONYUGAL (APELACIÓN AUTO)
PONENTE	: Dr. JAIME HUMBERTO ARAQUE GONZÁLEZ
DEMANDANTE	: ANA ELINA CAGUA DE VÁSQUEZ
DEMANDADO	: CARLOS ALFONSO VÁSQUEZ
RADICACIÓN	: 11001 31 10 010 2004 00216 02 -5434
DECISIÓN	: CONFIRMA AUTO

## 1.2. 3

**Problema jurídico por resolver.** La Sala se centra en verificar si la interesada estaba legitimada para solicitar la restitución del inmueble como tercero poseedor.

"ANALIZADAS LAS CIRCUNSTANCIAS QUE RODEAN EL CASO CONCRETO ENCUENTRA ESTA CORPORACIÓN, QUE ES CLARO SEGÚN EL ART. 338 DEL C. DE P. CIVIL, QUE SOLO PODRÁN OPONERSE A LA ENTREGA O SOLICITAR LA RESTITUCIÓN DEL BIEN UNA VEZ PRACTICADA LA DILIGENCIA DE ENTREGA, QUIEN TIENE EN EL ASUNTO LA CALIDAD DE "TERCERO POSEEDOR" Y DEMUESTRE CON PRUEBA SIQUIERA SUMARIA TAL CONDICIÓN, LO QUE NO SUCEDE EN ESTE CASO EN EL QUE LA INTERESADA SEÑORA AURA MARÍA BENÍTEZ, COMO LO ANOTÓ EL JUEZ DE CONOCIMIENTO EN SU PROVIDENCIA, ACTÚA DESDE EL 22 DE ENERO DE 2009 COMO ASIGNATARIA DEL DIFUNTO, PRODUCIENDO LA SENTENCIA QUE SE DICTE EFECTOS CONTRA LA MISMA, SIN QUE POR TANTO PUEDA ALEGAR LEGITIMACIÓN ALGUNA PARA SOLICITAR SE LE RESTITUYA EL BIEN QUE VENÍA POSEYENDO DESDE HACE MÁS DE VEINTE AÑOS.

Así mismo advierte este despacho, que tampoco puede alegar la interesada, su condición de legataria beneficiaria en la sucesión y por ende con derecho al inmueble en discusión, pues hasta que no se termine el proceso en trámite con sentencia aprobatoria de la partición y adjudicación, no tiene la señora Aura María Benítez derechos concretos en el asunto, que permitan tenerla como legitimada para reclamar se le haga entrega de bien alguno y por ello tampoco puede afirmar que fue injustamente despojada del bien por la albacea causándole un perjuicio, pues consta además en el acta correspondiente, que fue ella quien voluntariamente hizo entrega del inmueble a la misma sin oposición.

(...)

### **a) Antecedente**

Mediante apoderado judicial, los señores Marleny Buitrago de Casas, Luz Marina, Luis Eduardo y Elizabeth Buitrago Benavides, solicitaron la apertura del proceso de sucesión de los señores Nicanor Buitrago Jiménez y Marina Benavides de Buitrago en calidad de hijos de los mismos, allegando entre otras pruebas documentales al proceso, copia de la escritura pública No. 00066 de 16 de enero de 2006 de la Notaría Cincuenta del Círculo de esta ciudad, por medio de la cual en vida, el señor Nicanor Buitrago Jiménez otorgó testamento abierto relacionando entre sus disposiciones testamentarias, que era su deseo asignar a favor de la señora Aura María Benítez la cuarta de libre disposición; que las legítimas rigurosa y la cuarta de mejoras se repartirán entre sus cinco hijos por partes iguales (Luis Eduardo, Marleny, Luz Marina, Edgar Alfonso, y Elizabeth Buitrago Benavides); que mientras se liquida la sucesión nombraba como albacea con tenencia y administración de los bienes a Marleny Buitrago Benavides, a quien relevó de prestar caución, con una remuneración mensual que no exceda de un salario mínimo legal mensual vigente (folios 13 a 15 del cuaderno de copias). También se hizo referencia en el testamento, a que el testador era propietario en un 50% de la casa de habitación construida sobre un área de seis lotes juntos, con nomenclatura urbana Carrera 86 A No. 38-28 sur y un vehículo automotor marca Ford Mercury de placas ABE 402, modelo 1946.

### **b) Los Hechos**

Por auto de 5 de septiembre del año 2006, el Juzgado Tercero de Familia de esta ciudad, declaró abierto y radicado el proceso de sucesión testada e intestada de los causantes Nicanor Buitrago Jiménez y Marina Benavides de Buitrago, fallecidos el 16 de abril de 2006 y 7 de octubre de 1965 (folios 79 y 79 Vto.), reconociendo a Marleny Buitrago de Casas, Luz Marina, Luis Eduardo y Elizabeth Buitrago Benavides como herederos, ordenando la facción del inventario y avalúos.

Por escrito que aparece a folio 80 del cuaderno de copias, la apoderada judicial de los herederos reconocidos solicitó se aceptara a la señora Marleny Buitrago Benavides como albacea con tenencia de bienes y se le diera posesión del cargo, por lo que por auto de 21 de noviembre de 2006, se requirió a la albacea para que manifestara si aceptaba o repudiaba el cargo (folio 81), quien el 24 de enero de 2007 manifestó aceptar la designación (folio 86). Por auto de 30 de enero de 2007 (folio 89), se tuvo por aceptado el cargo y en consecuencia se ordenó la entrega de los bienes relacionados en el testamento (vehículo y bien inmueble) a la albacea.

Estando en este estado el proceso, se fijó por el Juez de Conocimiento fecha y hora para llevar a cabo audiencia de inventario y avalúos, la que se realizó el 15 de febrero de 2007 (folio 95), y corrido traslado sin objeción alguna, fue aprobado el inventario y avalúos el 2 de mayo de 2007 como consta a folio 124.

Solicitado por la apoderada judicial de los herederos reconocidos, que se procediera a hacer la entrega del bien inmueble y el vehículo a la albacea de conformidad con lo ordenado en auto de 30 de enero de 2007, teniendo en cuenta que no se había logrado que los comisionados llevaran a cabo la

diligencia (folios 184 y 185), por auto de 16 de diciembre de 2008, el Juez de Conocimiento decidió comisionar al Juez Civil Municipal (Reparto) de esta ciudad para la entrega de los bienes a la albacea y designó partidor en el asunto (folio 167). Esta comisión le correspondió conocerla al Juzgado Veintiocho Civil Municipal de Bogotá, el que el 22 de mayo de 2009 (folios 179 a 180 y 213 a 214) realizó la respectiva diligencia de entrega del bien inmueble conformado por seis lotes con nomenclaturas Carrera 86<sup>a</sup> No. 38-23 Sur, Avenida Carrera 86 No. 38-15 Sur, Avenida Carrera 86 No. 38 A – 05 Sur, Carrera 86 A No. 38-22 Sur y Carrera 86 A No. 38-16 Sur, poniendo el bien a disposición de la albacea no habiéndose presentado oposición por persona alguna.

Da cuenta el acta de la diligencia de entrega, que ésta fue atendida por dos personas mayores, una de ellas quien dijo llamarse Yalile Fernández y ser inquilina de la señora “*AURITA o AURA MARIA (sic) BENITEZ DE MORENO*” desde el mes de septiembre del año 2008, a quien la albacea solicitó desocupara el inmueble concediéndosele un plazo de quince días para ello, esto es, el 5 de junio de 2009.

Así mismo, el día 5 de junio de 2009, se realizó por el mismo Juez comisionado diligencia de entrega del vehículo automotor inventariado (folios 221 y 221 Vto.), día en el que también se intentó el ingreso al bien inmueble para verificar que estuviera desocupado como se había ordenado en diligencia anterior, pero como no fue posible el ingreso al bien, se continuó con la diligencia el 8 de junio de 2009 (folios 223 y 224), fecha en la que se presentó la señora Aura María Benítez Aldana quien confirió poder a un abogado, el que manifestó que su representada ha venido poseyendo el bien por más de veinte años, que en todo caso ese día haría entrega voluntaria del bien solicitando unas horas para desocuparlo, pero se reservaba el derecho de adelantar el incidente correspondiente teniendo en cuenta lo manifestado. El 9 de junio de 2009 se dejó constancia de la entrega de las llaves del inmueble por parte del abogado de la señora Aura María Benítez Aldana a la albacea (folio 225).

Suspendida la partición por auto de 26 de junio de 2009 (folio 181), mediante escrito que aparece a folio 259 del expediente, se hizo presente en el proceso la señora Aura María Benítez confiriendo poder a un abogado, alegando que en la cláusula séptima de la escritura contentiva del testamento, se le asignó una cuarta de libre de disposición de los bienes del causante, por lo que por auto de 22 de enero de 2009 (folio 262), se le reconoció como asignataria del difunto.

En escrito separado de fecha 22 de octubre de 2009, la señora Aura María Benítez y la heredera Jenifer del Pilar Buitrago solicitaron, se le permita a la primera de las nombradas y a su hermano que carece del sentido de la visión, habitar nuevamente en la parte del inmueble que le fue entregado a la albacea en diligencia celebrada dentro del Comisorio 027, teniendo en cuenta que la citada y su hijo carecen de vivienda y estando pasando una difícil situación económica por la situación sorpresiva de entregar un inmueble cuya posesión les corresponde por haberse deferido la herencia (folio 265).

Por otra parte, la señora Aura María Benítez Aldana por escrito que aparece a folios 266 y 267 solicitó la restitución del inmueble entregado dentro del despacho comisorio, alegando que de conformidad con el art. 783 del C. Civil, la posesión de la herencia se adquiere desde el momento en que es

deferida aunque el heredero lo ignore y en este caso la mencionada tiene asignada la cuarta de libre disposición de los bienes relictos y ha procedido a aceptar dicha asignación con beneficio de inventario, teniendo por tanto derecho a habitar el inmueble del cual fuera despojada. Aclaró que su calidad de poseedora no pudo alegarla en su debida oportunidad por no encontrarse en el primer día de la diligencia y todavía no haberse hecho parte dentro de la sucesión por dolo de la albacea que no la citó para la diligencia de inventario y avalúos. Solicitó además se le concediera amparo de pobreza.

Por auto de 22 de enero de 2010, el juez rechazó de plano la solicitud de entrega pretendida por haberse presentado de forma extemporánea (folio 268, aclarado por auto visible a folio 271), providencia que posteriormente por auto de 23 de abril de 2010 fue declarado sin valor ni efecto para en su lugar conceder el amparo de pobreza solicitado, y ordenar tramitar como incidente la solicitud de restitución de posesión del inmueble (folio 271).

Tramitado el incidente, fue resuelto por auto de 3 de diciembre de 2010 (folios 178 a 282), negándose la restitución propuesta por la señora Aura María Benítez.

#### ***DE LA APELACIÓN***

Por no estar de acuerdo con la anterior determinación, el apoderado judicial de la señora Aura María Benítez interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación, argumentando que el fin de la solicitud era garantizar los derechos de propiedad de quien fue despojada de su vivienda siendo legataria beneficiaria en la sucesión.

Dijo que el despacho se centró en argumentar que a la señora Aura María Benítez no le asiste derecho para solicitar la posesión por cuanta tiene la calidad de legataria, pero omitió tener en cuenta que beneficiaria de la herencia, contando con el mismo derecho de cualquier otro heredero de disfrutar de los respectivos bienes y estando viviendo en el inmueble, no era procedente que la albacea la despojara de su derecho oponiéndose a que siguiera viviendo en el bien, circunstancia que no le causaba ningún perjuicio, el que sí se le ha causado a la legataria por cuanto ha tenido que pagar arriendo en compañía de su hijo invidente y sobrevivir de la misericordia de sus otros hijos.

Negada la reposición, fue concedido el recurso de alzada.

#### **c) Consideraciones**

En relación con la oposición a la entrega dispone el artículo 338 del C. de P. Civil que: ***“El juez rechazará de plano la oposición a la entrega formulada por persona contra quien produzca efectos la sentencia, o por quien sea tenedor a nombre de aquélla, mediante auto que será apelable en el efecto devolutivo. Sobre la concesión de la apelación se resolverá al terminar la diligencia.***

***Podrá oponerse la persona en cuyo poder se encuentra el bien y contra quien la sentencia no produzca efectos, si en cualquier forma***

*alega hechos constitutivos de posesión y presenta pruebas siquiera sumaria que los demuestre, o los acredita mediante testimonios de personas que puedan comparecer de inmediato...*

*"3. Lo dispuesto en el numeral anterior se aplicará cuando la oposición se formule por tenedor que derive sus derechos de un tercero que se encuentre en las circunstancias allí previstas, quien deberá aducir prueba siquiera sumaria de su tenencia y de la posesión del tercero. En este caso, al tenedor deberá interrogarse bajo juramento sobre los hechos constitutivos de su tenencia, de la posesión alegada y los lugares de habitación y de trabajo del supuesto poseedor.*

*"4. Cuando la diligencia se efectúe en varios días, sólo se atenderán las oposiciones que se formulen el día en que el juez identifique el sector del inmueble o los bienes muebles a que se refieran las oposiciones. Al mismo tiempo se hará la identificación de las personas que ocupen el inmueble o el correspondiente sector, si fuere el caso".*

Del mismo modo dispone el Parágrafo 4 de la misma norma, que *"Si el tercero poseedor con derecho a oponerse no hubiere estado presente al practicarse la diligencia de entrega, podrá solicitar al juez del conocimiento dentro de los treinta días siguientes, que se le restituya en su posesión. La solicitud se tramitará como incidente, en el cual el opositor deberá probar su posesión. Si se decide desfavorablemente al tercero, éste será condenado a pagar multa de diez a veinte salarios mínimos mensuales, costas y perjuicios.*

*"Para que el incidente pueda iniciarse, el peticionario deberá prestar caución que garantice el pago de las mencionadas condenas".*

Quien se opone a la entrega, busca que se le garantice la posesión material que alega sobre los bienes respecto de los cuales no está de acuerdo con que se practique diligencia. El opositor debe ser un tercero que por derecho propio afirma tener la posesión material sobre el bien, su situación se diferencia con el que alega ser tenedor que es quien deriva sus derechos de otra persona.

Así las cosas, para el presente evento, el poseedor debe en primer lugar, acreditar que contra él no produce efecto la sentencia.

(...)

Analizadas las circunstancias que rodean el caso concreto encuentra esta Corporación, que es claro según el art. 338 del C. de P. Civil, que solo podrán oponerse a la entrega o solicitar la restitución del bien una vez practicada la diligencia de entrega, quien tiene en el asunto la calidad de "tercero poseedor" y demuestre con prueba siquiera sumaria tal condición, lo que no sucede en este caso en el que la interesada señora Aura María Benítez, como lo anotó el Juez de Conocimiento en su providencia, actúa desde el 22 de enero de 2009 como asignataria del difunto, produciendo la sentencia que se dicte efectos contra la misma, sin que por tanto pueda alegar legitimación alguna para solicitar se le restituya el bien que venía poseyendo desde hace más de veinte años.

Así mismo advierte este despacho, que tampoco puede alegar la interesada, su condición de legataria beneficiaria en la sucesión y por ende con derecho al inmueble en discusión, pues hasta que no se termine el proceso en trámite con sentencia aprobatoria de la partición y adjudicación, no tiene la señora Aura María Benítez derechos concretos en el asunto, que permitan tenerla como legitimada para reclamar se le haga entrega de bien

alguno y por ello tampoco puede afirmar que fue injustamente despojada del bien por la albacea causándole un perjuicio, pues consta además en el acta correspondiente, que fue ella quien voluntariamente hizo entrega del inmueble a la misma sin oposición...". (...)

**FUENTE NORMATIVA : ARTÍCULOS 684 y 691 del C.P.C.**

: ARTÍCULOS 1677, 1795 y 1975 del C.C.  
: ARTÍCULO 3º LEY 11/84  
| : Sent. 6 de febrero de 1997 Corte Suprema de Justicia  
: Sent. 28 de septiembre de 1995 Corte Suprema de Justicia  
: LÓPEZ Blanco Hernán Fabio, "PROCEDIMIENTO CIVIL PARTE ESPECIAL".  
: Ed. Dupré, Pág. 893

**FECHA**

: 2006-03-1º

**PROCESO**

: LIQUIDACIÓN DE SOCIEDAD CONYUGAL (APELACIÓN AUTO)

**PONENTE**

: Dr. JAIME HUMBERTO ARAQUE GONZÁLEZ

**DEMANDANTE**

: MARTHA JEANET PULIDO DELGADO

**DEMANDADO**

: RAFAEL OCTAVIO CARDOZO CUBIDES

**RADICACIÓN**

: 11001 31 10 010 2004 00216 02 -5434

**DECISIÓN**

: CONFIRMA AUTO

## Sala Penal

### 1.4.1

#### 1. PROVIDENCIAS DE ESTA CORPORACIÓN

**1. M.P. AGUDELO PARRA JAIRO JOSÉ Rad. 110016000049201002214 01 (27-11-12) NULIDAD POR CAMBIO DE JUEZ – Interpretación del artículo 454 de la Ley 906 de 2004 – Inconveniencia de la generalizada repetición de juicios: Ponderación de derechos.**

"3.2. Acorde a la sustentación del recurso interpuesto por la defensa de ABELARDO SÁNCHEZ MÉNDEZ, en contra del auto impugnado, el problema jurídico a desatar por parte de la Sala se contrae a definir si acertó la jueza de conocimiento al negar la repetición del testimonio defensivo de los señores Rafael Salas Castro y Juan Carlos Soler, que fueran recibidos en presencia de otro funcionario.

(...)

3.4. El artículo 454 del Código de Procedimiento Penal, establece:

*"La audiencia del juicio oral deberá ser continua salvo que se trate de situaciones sobrevinientes de manifiesta gravedad, y sin existir otra alternativa viable, en cuyo caso podrá suspenderse por el tiempo que dure el fenómeno que ha motivado la suspensión. El juez podrá decretar recesos, máximo por dos (2) horas cuando no comparezca un testigo y deba hacérsele comparecer coactivamente.*

*"Si el término de suspensión incide en el transcurso del tiempo en la memoria de lo sucedido en la audiencia y, sobre todo de los resultados de las pruebas practicadas, esta se repetirá. Igual procedimiento se realizará si en cualquier etapa del juicio oral se debe cambiar al juez."*

En sentencia C-059 de 03 de febrero de 2010 la Corte Constitucional encontró la norma ajustada a la Carta Política; allí expuso:

*“Así las cosas, la Corte considera que las normas acusadas no lesionan el derecho al debido proceso. Sin embargo, insiste en señalar que la repetición de las audiencias de juzgamiento debe ser excepcional y fundada en motivos serios y razonables, so pena de vulnerar los derechos de las víctimas y testigos.”*

3.5. En el asunto que concita la atención de la Sala se verifica que en audiencia preparatoria llevada a cabo el 09 de noviembre de 2011 el juez de conocimiento decretó la práctica de los testimonios de los señores Rafael Salas Castro y Juan Carlos Soler, como directos de la Fiscalía y de la defensa de ABELARDO SÁNCHEZ MÉNDEZ.

Así las cosas, el 21 de febrero del presente año el Delegado del ente acusador tuvo la oportunidad de interrogar a los reseñados deponentes; en igual forma se materializó el derecho de contradicción mediante el contra interrogatorio. A su turno, el citado abogado defensor respecto de Juan Carlos Soler indicó:<sup>1</sup> *“quería hacerle la solicitud teniendo en cuenta de que el señor Juan Carlos Soler fue invocado por esta defensa como testigo y para mí pues ha quedado clara la información que él ha brindado no veo necesidad o no veo necesario de que él vuelva a comparecer aquí a este estrado judicial por lo que con su anuencia muy respetuosamente le solicitaría de que se desistiera de esa declaración.* Pregunta el juez: *“¿renuncia al directo doctor?*”, responde: *“si señor, al directo”*, petición acogida por el director del proceso. Posteriormente, efectuó interrogatorio directo al testigo Rafael Salas Castro.<sup>2</sup> En ese orden, el Tribunal se referirá exclusivamente a lo relacionado con este último deponente.

Siguiendo con el acontecer procesal, el 14 de agosto de 2012, bajo la batuta de la nueva Jueza 37° Penal del Circuito de conocimiento el defensor del acusado ABELARDO SÁNCHEZ MÉNDEZ solicita, ante el cambio de funcionario judicial, invocando el mencionado artículo 454, la repetición de las antedichas declaraciones. Petición resuelta negativamente por la jueza *a quo*.

Analizadas, pues, las particulares circunstancias que rodean el presente proceso, la Sala anticipa que confirmará el auto impugnado por las razones que se pasan a exponer.

Una lectura desprevenida de la norma antes citada podría llevar a concluir que la circunstancia objetiva de cambio de director del proceso comporta, inexorablemente, la repetición de la etapa probatoria del juicio oral para que sea el nuevo servidor quien la presencie y dirija; sin embargo, debe la Sala indicar que se trata de una interpretación literal, ajena a la realidad judicial y al caso a definir que mal puede generalizarse, pues la situación planteada en modo alguno da lugar, irreflexivamente, a la repetición del juicio, mucho menos de un solo testimonio. Solo procesos excepcionales, debidamente ponderados, permiten esa solución extrema. Es que la misma norma, ni la Corte Constitucional avalan recurrir a esa medida en todos eventos en que haya cambio de juez, pues en tanto la primera autoriza la repetición del juicio únicamente si ese cambio *incide en la memoria de lo sucedido en la audiencia y, sobre todo de los resultados de las pruebas practicadas*, la segunda advierte que *la repetición de las audiencias de juzgamiento debe ser excepcional y fundada en motivos serios y razonables, so pena de vulnerar los derechos de las víctimas y testigos*.

En ese contexto se echa de menos los motivos serios y razonables que asisten al recurrente para reclamar la repetición, no del juicio, sino de un testimonio; así, tal petición se presenta contradictoria, como que no consigue explicar por qué razón

---

1 Record 3:22:07 Audiencia 21 de febrero de 2012 CD 1

2 Record 3:53:37 Audiencia 21 de febrero de 2012 CD 1

la Jueza de conocimiento no puede acudir a los registros audiovisuales que guardan la memoria de lo acontecido con este testimonio, en aras de formarse un criterio sobre el interrogatorio directo efectuado por la defensa, pero sí es viable consultar el realizado por la Fiscalía y, además, frente a las restantes pruebas que ya han sido practicadas.

Por ello no es posible asumir la regla en cuestión de manera mecánica; solo es posible aplicarla después de una adecuada ponderación de los derechos en pugna que tenga en cuenta las especificidades del caso concreto para determinar si con la continuación del procedimiento hay menoscabo o no de las garantías fundamentales del debido proceso.<sup>3</sup>

La Sala, entonces, teniendo como referente postulados de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad no juzga propicio que ante el cambio de juez, en el caso concreto, deba repetirse el interrogatorio directo de la defensa a Rafael Salas Castro, en vista de la posibilidad de escrutar lo acontecido en los registros previstos en la propia ley procedural,<sup>4</sup> amén que no se ha desconocido el artículo 362 del C. de P.P, pues la prueba testimonial de la Fiscalía relativo al citado declarante tuvo lugar antes que la de la defensa.”

Relatoría/consulta/2013/Providencias incluidas en los boletines

**1.2. M.P. AGUDELO PARRA JAIRO JOSÉ Rad. 110016000049201002214 01 (05-12-12) PRISIÓN DOMICILIARIA - Leyes 1453 y 1474 de 2011 al modificar el artículo 68A del C.P. no derogaron el artículo 38 de la Ley 599 de 2000.**

“3.7. Yerra el recurrente defensor de ARANGO DURANGO, cuando la solicitud de sustitución de prisión por prisión domiciliaria la funda en que las leyes 1453 y 1474 de cambiaron el factor objetivo contenido en el artículo 38 del Código Penal y, por tanto, su representado puede acceder al pretendido subrogado, pues las referidas normas no están llamadas a regular el caso que ocupa la atención de la Sala. Ellas modificaron fue el artículo 68 A del Código Penal que trata sobre la exclusión de beneficios y subrogados penales a quienes hayan sido condenados por delito doloso o preterintencional dentro de los cinco (5) años anteriores o por determinados ilícitos allí enlistados,<sup>5</sup> que no es el caso.

De este modo, incomprensible resulta la alusión del censor a la reseñada disposición cuando el fundamento para negar la prisión domiciliaria no es precisamente la prohibición que existía de conceder subrogados penales o mecanismos sustitutivos, -ni la gravedad de la conducta como repetidamente lo refiere en su escrito-, sino la no concurrencia del requisito objetivo que trae el artículo 38 del Código Penal. Por lo tanto, no es de recibo la conclusión en el sentido que las citadas disposiciones derogaron tácita, y mucho menos, expresamente el artículo 38 de la Ley 599 de 2000; la norma aplicable es ésta última en cuya virtud el juez de primer grado consideró que, evidentemente, la pena mínima prevista en la ley para el *Concierto para delinquir* agravado supera cinco años de prisión,<sup>6</sup> circunstancia que no permite predicar superado el primer

3 “De otro lado, vale recordar, si bien el transcurso del tiempo estropea, por regla general, la memoria del juez, esa sola circunstancia no constituye motivo suficiente para ordenar repetir el juicio. Es preciso revisar las particularidades del caso, tales como la naturaleza del juez, la situación de las partes en el proceso, las garantías y sus derechos, con el fin de no afectar a la administración de justicia ni los derechos de los testigos y las víctimas.” Corte Suprema. Auto de 18 de abril de 2012. MP José Luís Barceló Camacho. Radicado 38308

4 Artículo 146 Ley 906 de 2004

5 “delitos contra la Administración Pública, estafa y abuso de confianza que recaigan sobre los bienes del Estado, utilización indebida de información privilegiada, lavado de activos y soborno transnacional.”

6 Código Penal. Artículo 340 inciso 2º “Cuando el concierto sea para cometer delitos de genocidio, desaparición forzada de personas, tortura, desplazamiento forzado, homicidio, terrorismo, tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias sicotrópicas, secuestro, secuestro extorsivo, extorsión, enriquecimiento ilícito, lavado de activos o testaferrato y conexos, o Financiamiento del Terrorismo y administración de recursos relacionados con actividades

*filtro*. Luego, fácil concluir, sin más consideraciones, la improcedencia de la impetrada prisión domiciliaria, razón para prescindir de justipreciar los presupuestos de orden subjetivo referidos por el impugnante, ya que solo si concurriera el factor objetivo sería factible abordar el desempeño personal, laboral, familiar o social del sentenciado”.

**MAX ALEJANDRO FLÓREZ RODRÍGUEZ**  
*Presidente*

**DORA ELSA USCÁTEGUI LARA**  
*Relatora*